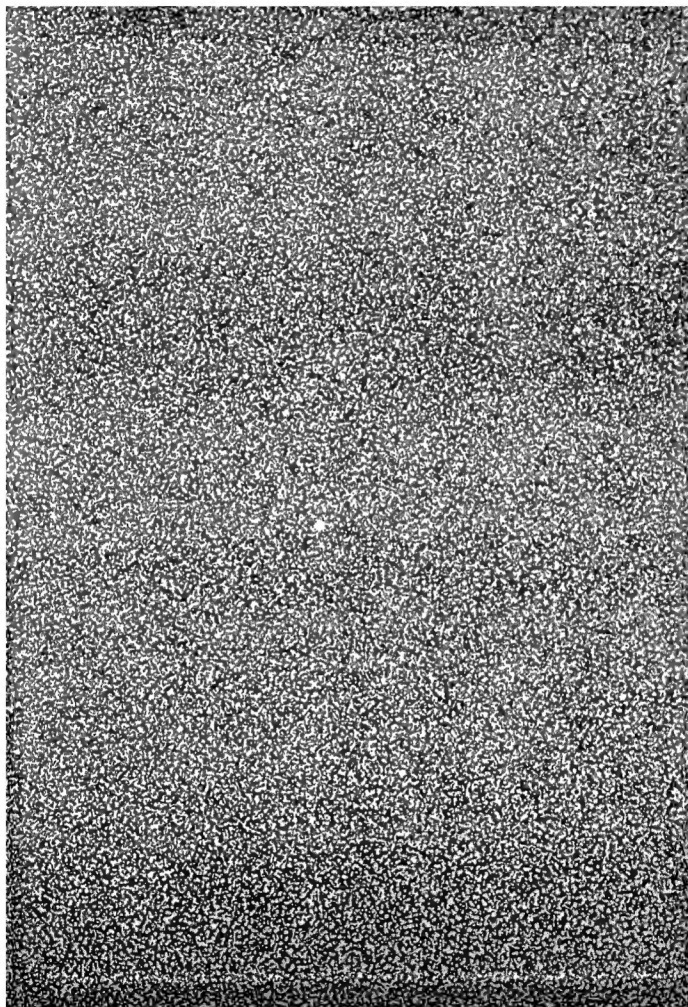


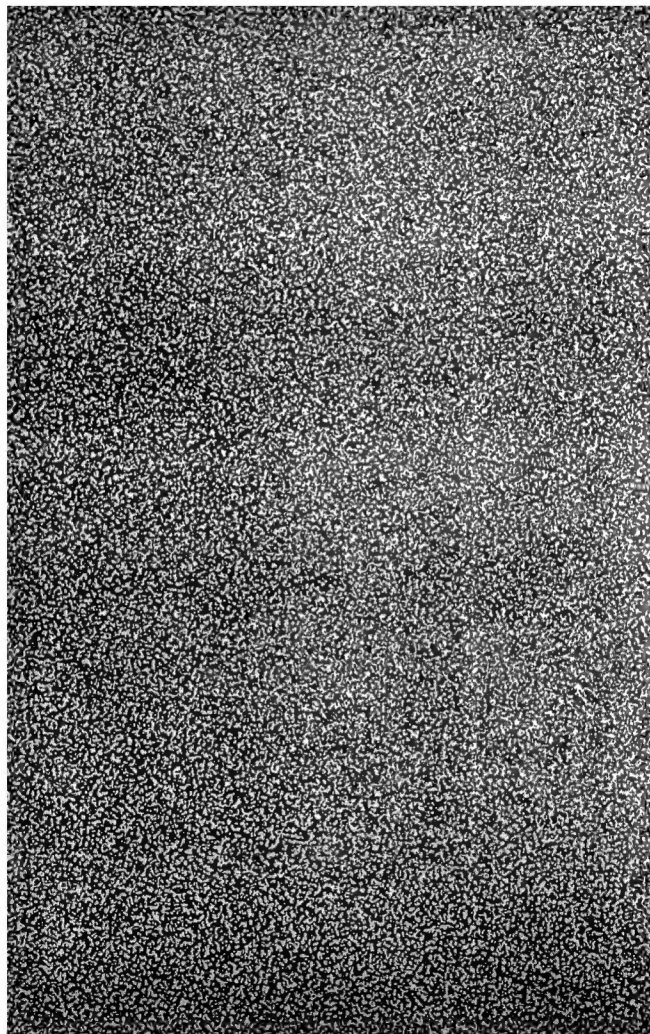
مُصَدِّقُ الْحَقِّ مُحَمَّدٌ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْقَافُ

الْفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ فِي تَوْبَةِ الْحَبِيرِ

الْمُدْخَلُ الْفَقْهُ الْعَمَلُ

الجزء الأول





إهداء ٢٠٠٦

المرحوم الدكتور/ علي حسين كرار
القاهرة

مطبعة محمد النور

استاذ القانون المدني والشريعة الاسلامية
في كلية الحقوق من جامعة دمشق

الفقه الاسلامي في توبة الجريد

المجلد الاول

المبادئ الفقهية الخمسة

ثلاثة اقسام في جزئين

- مقدمة تعريفية وتاريخية للفقه الاسلامي وأصوله
- النظريات الكبرى الاساسية في مباني الاحكام الفقهية
- القواعد الكلية مرتبة ترتيباً جديداً ، ومشروحة بايجاز

طبعة تاسعة منقحة ومزينة

مؤلفة بفهارس عديدة ، وفهرس أبجدي هام

١٩٦٧ - ١٩٦٨

مطابع الغداء - الادب - دمشق

مقدمة الطبعة الثالثة

بمناسبة صدور القانون المدني السوري خلالها

بدأنا هذه الطبعة من هذا المدخل الفقهي العام ونحن في ظل سلطان مجلة الأحكام الشرعية المصوغة من فقه المذهب الحنفي ، والتي كانت هي قانوننا المدني العام ، ومرجعنا في كل ما ليس فيه حكم قانوني بعدها يخالفها .

وقد كنا نبغي أن تكون هذه السلسلة الفقهية التي نصوغها وهي « الفقه الاسلامي في توبه الجديد » تمهيداً لقانون مدني حديث نخرجه في سورية مستمداً من الفقه الاسلامي في مختلف مذاهبه الفقيه ، بحيث تقوم أسسه على أحسن ما في كل منها من النظريات والمبادئ الفقهية الخالدة ، وهي التي تعاقب على حراتها وتحريرها عباقرة فقهاء الاسلام خلال ثلاثة عشر قرناً ، وأوجدوا في موضوعاتها وأبوابها - الى جانب الأحكام التي أحكموا قواعدها ومبانيها - لغة ومصطلحات لم يعرف في تاريخ الحقوق لغة فقهية في مثل سعتها ودقتها وحسن انتقائها .

فأمنيتنا أن ننشئ قانوناً مدنياً يصل تشريعه الحقوق وحاجاتنا الحديثة فيه بماض فقهي مجيد زاخر ، قبل - بعظيم مبادئه ومرونة قواعده ومبانيه - أن يستجيب لكل ما تستتعيه طبقات المجتمع المدني

الصالح وتطوراته الاقتصادية والاجتماعية والعرفية ، كما سنرى شواهد
في هذا المدخل .

وتوجيهاً الى هذا الطريق كتبنا في هذا المدخل بحثاً توجيهياً بعنوان
« قانوننا المدني المنتظر ، وفضل بنائه من الفقه الاسلامي » (انظر
الفقرة / ٨٣) .

غير أننا ونحن في هذا الطريق ، وابصارنا معلقة بنهايته ، ووزارة
العدل السورية تكلف الاخصائيين بوضع قانون مدني مستمد من الفقه
الاسلامي وواف بالحاجات الزمنية الجديدة فوجئنا باصدار القانون
المدني السوري في عهد الانقلاب العسكري الأول الذي حدث لدينا
٣٠ آذار ١٩٤٩ م ، وكان صدور هذا القانون بمساعي السيد أسعد
الكوراني الذي ولاه زعيم الانقلاب وزارة العدل السورية . فقد
احتبل السيد الكوراني فرصة ذلك العهد الانقلابي والحكم الارهابي ،
وأقنع زعيم الانقلاب الذي تولى السلطين التشريعية والتنفيذية بأن
اقامة قانون مدني أجنبي بدلاً من التشريع الاسلامي وفقهه في هذه
البلاد هو خير وسيلة لخلود الذكر وعظيم المكانة في نظر الأجانب ،
وأوهمه أن هذا العمل يجعله كتابليون الذي كان القانون المدني
الفرنسي أكثر تخليداً له من فتوحاته !!

وقد وجدوا ان القانون المدني المصري الجديد يحقق هذا الغرض
لأنه أجنبي أوروبي المصادر ، فأصدروه بين عشية وضحاها بجرة قلم
هدموا بها أعظم صرح فقهي في العالم ، وأقاموا بها قانوناً لا مرجع فيه
لقاض أو محام أو دارس الا أصوله واصطلاحاته الاجنبية .

وقد فاتهم أن طريق الخلود ليس في أخذ قانون جنبي لا أثر لنا فيه

الا الاسلاخ من اصلتنا التي في كل أرض منها أثر ، وفي كل حضارة عنها خبر ؟ ولا نتيجة له الا تناسي الذات ، والتحول الى حياة على هامش الحياة ! وانما طريق الخلود في أن نشيء من جوهر فقهننا اندي ملأت آلاف مؤلفاته مكاتب العالم ، وأن نستمد من نبعه العذب المعين الهدار قانوناً جديداً يفني بحاجتنا الحديثة ، فيكون أصله راسخاً في فقهننا وفرعه شامخاً في السماء ، كما كان يفعل فقهاؤنا الأعظم في تخريجاتهم وتجديداتهم الفقهية ازاء حاجات كل عصر ومصر ، حتى بلغوا بالفقه الاسلامي هذه السعة التي جلت عن الحدود . نعم هذا هو طريق الخلود الذي اذا مشينا وانتجنا فيه كان كفيلاً بأن يرد مصر نفسها الى الجادة بعدما خطت واساقت وراء التشريع الأجنبي ، تفني نفسها فيه ، وتبقى على هوامشه ضائعة الجهود ، مضیعة لمجد الجدود !!

ونحن لا نأبى الاقتباس ، فان الحكمة ضالة المؤمن ، ولكننا أثرياء في المادة ؟ وانما نحن بحاجة الى اقتباس الأساليب الحديثة في البحث الفقهي وترتيبه ، والى بعض الأحكام الجديدة التي نظمها التشريعات للاوضاع الحقوقية والاقتصادية الحديثة ، كشركات المساهمة وعقود التأمين ؛ على أن نخرجها على قواعد فقهننا تخريجاً يقيمها على أصوله ويدمجها فيه ، كما كان يفعل فقهاؤنا الأعظم تجاه الأوضاع والحوادث الجديدة التي كانوا يواجهونها .

أما اهمال ذلك الفقه الذي تعاقبت على خدمته عشرات الأجيال من عباقرة الفقهاء وجهابذتهم ممن انقطعوا اليه ووقفوا كل مواهبهم عليه ، واقامة قانون أجنبي كامل يربطنا بسجلة التشريع والفقه الأجبيين ، ويجعل تراثنا العظيم نسياً منسياً ، فهو اعلان أفلاس ، وليس باقتباس ،

وهو عجز لا ابداع ، فلا يليق هذا بأمة لها ثروة فقهية كثورتنا ، وماض
تشريعي جليل كماضيना .

هذا وقد رأينا أن خير عمل لنا ، بعد تلك الجناية التي جنتها على
مجد العروبة الفقهية أيد شعوية أثيمة ، هو أن تتابع صياغة هذه السلسلة
الفقهية الجديدة بتبسيط واحكام ، كي يعرف الجيل العربي الحقوقي
الجديد ما أفاده وما أضع ، فنفتح له طريق الرجوع بعد أن يملك من
المعرفة ما يحكم به على تلك الجناية وجنائها .

فلذا عمدنا الى توسيع هذا المدخل الفقهي العام في طبعته الثالثة
هذه التي صدر القانون المدني خلالها ، ليكون هو والأجزاء التي تليه
حجة الفقه العربي الاسلامي لأنصاره على أعدائه ، وموقفاً في الجيل العربي
الناسئ. غير على تراث فقهي ليس لأمة مثله في تاريخ التشريع .

وبهذه المناسبة نذكر أنه في مثل هذا اليوم من العام الفائت (الثاني
من تموز ١٩٥١ م) عقدت شعبة الحقوق الشرقية من « المجمع الدولي
للحقوق المقارنة » مؤتمراً في كلية الحقوق من جامعة باريس للبحث
في الفقه الاسلامي تحت اسم « اسبوع الفقه الاسلامي » برئاسة المسيو
(ميو Montet) استاذ التشريع الاسلامي في كلية الحقوق بجامعة
باريس دعت اليه عدداً كبيراً من أساتذة كليات الحقوق العربية وغير
العربية وكليات الازهر ، ومن المحامين الفرنسيين والعرب وغيرهما ،
ومن المستشرقين . وقد اشترك فيه من مصر أربعة أعضاء : اثنان من
جامعة فؤاد ، وعميد كلية الحقوق في جامعة ابراهيم^(١) ، وأحد أعضاء

(١) أصبح اسم الجامعتين المذكورتين الآن في عهد الثورة المصرية :
جامعة القاهرة ، وجامعة عين شمس ، كما أصبح اسم جامعة « فاروق »
في الاسكندرية : جامعة الاسكندرية .

هيئة كبار العلماء عن الازهر ، واشتركنا فيه أنا والامتاذ الدكتور معروف الدواليبي عن كلية الحقوق السورية . وقد حضر الاعضاء في خمسة موضوعات فقهية عنها مكتب المجمع الدولي للحقوق المقارنة قبل عام من زمر الحقوق العامة والخاصة (المدنية ، والجنائية ، والادارية ، والاقتصادية) ومن تاريخ التشريع ، ووجهت الدعوة للمحاضرة فيها ، وهي (١) اثبات الملكية (٢) الاستملاك للمصلحة العامة (٣) المسؤولية الجنائية (٤) تأثير المذاهب الاجتهادية بعضها في بعض (٥) نظرية الربا في الاسلام . وكانت المحاضرات كلها باللغة الفرنسية ، وخصص لكل موضوع يوم . وعقب كل محاضرة . كانت تفتح مناقشات مهمة مع المحاضر وبين المؤتمرين تطول وتقصّر بحسب الحاجة ، وتسجل خلاصاتها .

وفي خلال بعض المناقشات وقف أحد الاعضاء وهو نقيب محاماة سابق في باريس . فقال :

« انا لا اعرف كيف نوفق بين ما كان يحكى لنا عن جهود الفقه الاسلامي وعلم صلوحه اساساً تشريعياً يلبي بحاجات المجتمع المصري المتطور ، وبين ما نسمعه الآن في المحاضرات ومناقشتاتها مما يثبت خلاف ذلك تماماً ببراهين النصوص والمبادئ . »

وفي ختام المؤتمر وضع المؤتمرين بالاجماع هذا التقرير الذي ترجمه فيما يلي :^(١)

(١) وهذا هو النص بالفرنسي الاصلي للتقرير المذكور :

Les Congressistes,

Etant donné L'intérêt suscité par les problèmes évoqués au cours de la SEMAINE DE DROIT MUSULMAN, et par les

« ان المؤتمرين » :

بناء على الفائدة المتحققة من المباحث التي عرضت أثناء « اسبوع
الفقه الاسلامي » ، وما جرى حولها من المناقشات التي تخلص منها
بوضوح :

أ - أن مبادئ الفقه الاسلامي لها قيمة (حقوقية تشريعية)
لا يمارى فيها .

ب - وان اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقية
المظمية ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات ، ومن الأصول
الحقوقية ، هي مناط الاعجاب ، وبها يستطيع الفقه الاسلامي أن

discussion auxquelles ils ont donné lieu, dont il est résulté
clairement que les principes du droit musulman ont valeur
indiscutable, et que la variété des écoles à l'intérieur de ce
grand système juridique implique une richesse de notions juri-
dique remarquable qui permet à ce droit de répondre à tous les
besoins d'adaptation exigés par la vie moderne.

Emettent le vœu que la SEMAINE poursuive ses travaux
d'année en année.

Chargent le Bureau de la SEMAINE d'établir la liste des
sujets qui, à la suite des discussions ayant eu lieu au cours de
la SEMAINE, devront faire l'objet d'un examen au cours de
la session prochaine.

Souhaitent qu'un Comité soit formé pour rétablir un
dictionnaire de droit musulman destiné à faciliter l'accès aux
ouvrage de droit musulman et constituant un répertoire des
connaissances juridiques musulmanes, exposées suivant les
méthodes modernes.

Paris, 7 Juillet 1951

يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة ، والتوفيق بين حاجاتها •

يعلنون رغبتهم في أن يظل اسبوع الفقه الاسلامي يتابع أعماله سنة فسنة ، ويكلفون مكتب المؤتمر وضع قائمة للموضوعات التي أظهرت المناقشات ضرورة جعلها أساساً للبحث في الدورة القادمة •

ويأمل المؤتمر أن تؤلف لجنة لوضع معجم للفقه الاسلامي يسهل الرجوع الى مؤلفات هذا الفقه ، فيكون موسوعة فقهية تعرض فيها المعلومات الحقوقية الاسلامية وفقاً للأساليب الحديثة^(١) •

ولا يخفى أن هذا الامل الاخير الذي أعرب عنه المؤتمر في تأليف موسوعة فقهية على طراز موسوعات الحقوق الاجنبية ، كموسوعة دالوز وغيرها ، هو المرحلة الجديدة التي يجب أن يجتازها تدوين الفقه الاسلامي لكي يظهر بها جوهره ، ويدنو بها نمره • وهذا من أعظم ما يجب أن تفكر فيه جامعة الدول العربية • ومن الممكن أن يعهد به الى لجنة تتألف من بضعة أشخاص من الفقهاء والقانونيين ، يتفرغون له مع عدد من المساعدين خلال بضع سنين • وإن كلفته لا تمد شيئاً

(١) وقد قامت الجمعية الدولية لحقوق المقارنة بتلخيص وغائع اسبوع الفقه الاسلامي هذا وما دفر فيه من بحوث ومناقشات مع التعليق عليه بما يظهر أهميته الكبرى في عالم «القانون» ، ونشرت هذه الخلاصة في ثلاثين صفحة من مجلتيها (المجلد الدولي لحقوق المقارنة : Revue internationale de droit comparé) في العدد الرابع من السنة الثالثة ، ايلول - تشرين الأول / ١٩٥١ ، كما نشر معهد الحقوق المقارنة بجامعة باريس نصوص المحاضرات التي أقيمت في هذا المؤتمر كاملة مع مناقشتها في كتاب خاص اصدرته مكتبة مجموعة سيريه Sirey للبحوث القانونية سنة ١٩٥٣. بأشراف المسيو ميو رئيس المؤتمر •

بالنسبة الى عظيم فائدته وأثره^(١) .

والآن نترك المجال لهذا المدخل الفقهي أن يتكلم بلسانه العلمي الهادئ ، واسلوبه الجديد المبسط الموطأ ، وموازناته الفقهية المتواضعة ، فيترجم هو عن الفقه العظيم لكل قارئ ، وأسأل الله تعالى التوفيق الى خير طريق ، فهو الكفيل بالهداية الى سواء السبيل .

دمشق في ١٠ من شوال ١٧٣١ هـ - ٢ من تموز ١٩٥٢ م

مصطفى احمد الزرقا

(١) ان هذا العلم قد أوشك أن يتحقق، فقد أنشئت أول عام ١٩٥٤م الدراسات في جامعة دمشق بعد الطبعة الثالثة من هذا المدخل كلية للشريعة الإسلامية . وقد تبنت هذه الكلية مشروع وضع موسوعة (دائرة معارف) تلفقه للإسلامي بالصورة التي تمنأها هذا المؤتمر ، وروصدت في ميزانيتها لعام ١٩٥٦ مبلغاً للبدء بهذا المشروع العظيم ، وألفت له لجنة ، وبشرت اللجنة اتصالاتها بعلماء الاقطار لهذا الغرض .

بسم الرحمن الرحيم

واياه نستعين

خطبة الكتاب

وبعد فإن الأحكام المدنية لدينا ليست محصورة في مجموعة على نحو القوانين المدنية في الأمم الأخرى ، وإنما القانون المدني لدينا في سعة البحر المحيط : فهو مجلة الأحكام العدلية المختارة من فقه المذهب الحنفي^(١) ، ومن ورائها سائر الأحكام الفقهية المنشورة في كتب ذلك المذهب مما لا نص عليه في المجلة ، ثم القوانين التي تناولت كثيراً من تلك الأحكام الفقهية بالنسخ أو التعديل .

وهذه الأحكام الشرعية المدنية مما في كتب الفقه والمجلة لدينا لم تعرض إلى اليوم بأسلوب البحث الموضوعي على نسق ما نشاهده في مؤلفات القانون المدني المهية للدراسة الجامعية في الأمم الأجنبية ،

(١) نلفت نظر القارئ إلى أن هذا الكتاب ومقدمته هذه قد وضعا وطبعوا قبل إلغاء مجلة الأحكام العدلية ، وحلول قانون مدني جديد اجنبي الاصول محلها في سورية سنة ١٩٤٩م كما بيناه في مقدمة الطبعة الثالثة .

كتب « جوسران » و « كاييتان » مثلاً في القانون المدني الفرنسي ،
بل كانت جميع شروح المجلة والكتب الفقهية الأخرى قائمة على طريقة
شرح المواد مفردة ، وسرد الأحكام المتفرقة .

والطالب الذي يتخرج من مدارس التحصيل الثانوي العام ، فيدخل
كلية الحقوق لا يستطيع فهم تلك الأحكام الفقهية وضمها ما دام يواجه
فيها منذ البداية فروع المسائل التي يتوقف فهمها على قواعد وعلل
ونظريات ومبادئ ولغة واصطلاحات فقهية يجهلها الطالب جميعاً ،
فيضطر أن يحفظ تلك المسائل الفرعية وأحكامها حفظاً ، دون أسس
تمسك بهذه الفروع في فكره ، ورابطة موضوعية تجمع بعضها الى
بعض .

فالكتب الفقهية لدينا وشروح المجلة كلها في الحقيقة انما تصلح أن
تكون مدونات للمحاكم ، كجميع شروح القوانين ، ليرجع اليها المحاكم
عند حاجتهم الى معرفة ما حول كل مادة وحكم من ايضاح وتفصيل ،
ولا تصلح أن تكون كتباً تعليمية في مجلة الأحكام العدلية الشرعية ومبادئها
الفقهية لطلاب الحقوق في الجامعات .

ونحن بحاجة شديدة ، الى كتب جديدة توضع على طريقة البحث
الموضوعي في أحكام المجلة ومبادئها الفقهية ، لتصبح بالتبسيط والتركيز
والتنسيق قريبة المتناول سهلة المأخذ على أفهام الطلاب وحفظهم ، حتى
يتحقق في تأليف هذا العلم الدقيق الهام تمييز حسن بين الحاجة التعليمية
في الجامعات ، والحاجة التطبيقية في المحاكم ، ويعرض الفقه الاسلامي
في ثوب قشيب واسلوب جديد يساير ذوق العصر ولقته ، ولتمكن عندئذ
مقارنة مباحثه بنظائرها من المباحث والنظريات القانونية ، فيظهر بذلك ما في
فقهنا الجليل من مكنونات ثمينة في ميزان التشريع .

واني منذ أن عهد الي بتدريس الحقوق المدنية التي أساسها مجلة الاحكام المدنية في كلية الحقوق السورية سنة (١٩٦٣ هـ - ١٩٤٤ م) وجهت همي وعقدت عزمي على أن أنهج في عرض فقه المجلة تدريساً وتأليفاً هذا المنهج الضروري اليوم ، وأن أتقرب من جادته ما استطعت •

فشرعت، في وضع هذا الكتاب المتسلسل عن الالتزامات والعقود في الفقه الاسلامي لأفتح به جادة جديدة لتدريس الحقوق المدنية في البلاد السورية ، جامعاً فيه الاحكام المدنية العامة المعمول بها لدينا مما تضمنته مجلة الاحكام الشرعية وما يتصل بها من المباحث والمسائل الفقهية المهمة ، مع الاشارة الى التعديلات القانونية الطارئة على الاحكام الفقهية الاصلية منذ العهد العثماني في هذه البلاد السورية الى اليوم •

وقد اتخذت فيه المذهب الحنفي في الفقه الاسلامي أساساً للبحث لأنه المعمول به في القضاء ، مع الاطلاع بالمذاهب الاخرى في بعض المواطن بحسب حاجة البحث •

وهدي في فيه أن أقلب صياغة الفقه الاسلامي ، فأبني من قواعده ومبادئه نظرية عامة على غرار نظرية الالتزام العامة في الفقه القانوني الاجنبي الحديث^(١) خدمة لفقهاء الاسلامي الجليل ، كي يتجلى ما فيه من جوهر نفيس كان محجوباً بالاسلوب القديم الذي أصبح عسير الهضم على رجال العصر ؛ ووفاء للحاجة الى الطريقة التعليمية الحكيمة في الدراسة الجامعة لهذا العلم الدقيق المسائل ، المتشعب المباحث ، الواسع الآفاق ، العظيم الشأن والموقع • ذلك لأن الحقوق المدنية التي

(١) ينظر التعريف بنظرية الالتزام العامة الاجنبية في الجزء الثالث من هذه السلسلة ف/٥٣ - ٦٨ •

يطلق عليها اسم « القانون المدني » هي أس الدراسات والمدارك الحقوقية جميعاً ، وإن الحاجة التعليمية فيها توجب طريقة موضوعية تسير من البسيط الى المركب ، ولم يعد يهضم فيها الأسلوب الفروعى^(١) القديم الذي لا تقام فيه الفروع على أصولها في نظرية كلية جامعة .

وقد كان من أعظم الاسباب في استغلاق الفقه على الطلاب خلال دراستهم الجماعية أن مسائله الفرعية تتصل بأصول كلية ، ونظريات عامة أساسية ، يشترك في العلاقة بكل منها كثير من أبواب الفقه ، ويتوقف على الاحاطة بها فهم مسائله وأحكامه ، والطلاب في بدء دراسته يجهلها جميعاً . وذلك كنظرية الملكية وأنواعها وأسبابها ؛ ونظرية الارتباط التعاقدى ، أي العقود ، وما تركز عليه من أسس عامة ؛ ونظرية الشروط العقدية من تمليك وتقييد وإضافة ؛ ونظرية المؤيدات التشريعية ، وما يتفرع عنها في الحقل المدني من قضية البطلان والفساد والتوقف ؛ ونظرية الإهلية ؛ ونظرية الضمان ؛ ونظرية العرف

(١) تسوخ النسبة الى لفظ الجمع اذا صارت صيغته في الاستعمال كاسم العلم مثل (انصاري) في النسبة الى (الأنصار) ، وكذا اذا كانت النسبة الى المفرد تلبس المعنى المراد بغيره كما هنا ، اذ لو قيل (فرعى) لما فهم منه طريقة سرد الفروع ، بل يفهم منه ما يقابل معنى (أصلي) .
ومثل ذلك في المعرف القانوني اليوم كلمة (حقوقي) نسبة الى الحقوق بمعنى العلم ، فلو نسب الى المفرد فقييل : (حقى) لالتبس المعنى المراد بغيره .

وقد استعمل قدماء الفقهاء والاصوليين النسبة الى (الفروع) بصيغة الجمع ، فقالوا : « فروعى » اما باعتبار ان لفظ « الفروع » صار كاسم علم المسائل الفقه ، ولما لدفع الالتباس المذكور (انظر عبارة أبي اسحاق الشاطبي الآتية في الفقرة ٧٧) . على أنه يجوز في لغة أن ينسب الى الجمع مطلقاً . (ر : حاشية الصببان على الأشمونى) .

وسلطانه ، ونحو ذلك من المبادئ الأساسية والنظريات الموضوعية الكبرى التي هي من أركان الفقه ودعائم أحكامه ، وهي متشعبة الاجزاء في غضون الابواب الفقهية يذكر منها في كل باب ما يتعلق به ، ولكنها يمكن أن تقتطف أجزاؤها وتجمع من أماكنها ، وتصاغ منها سلسلة نظريات يصدر بها علم الفقه فتكون مفاتيح لافلاق مسائله ، وتزود الطالب فيه بملكة في الفهم عاجلة كان يحتاج في اكتسابها الى سير طويل في جميع فصول الفقه .

لذلك رأيت من الضروري أن أقدم بين يدي الكتاب مدخلا فقهيا عاما يشتمل على ثلاثة أقسام :

١ - مقدمة تعريفية وتاريخية على الفقه الاسلامي ، ومصادره ونشأة المذاهب الاجتهادية فيه وأسباب اختلافاتها ، وقيمة تلك الاختلافات في الثروة التشريعية ، وحركة التدوين فيه ، وطبقات مؤلفاته الى بروز المجلة ؛ وعن سعة هذا الفقه الاسلامي بمجموع اجتهاداته ، وعن تطوره وصلوحه لوفاء حاجات المصور اذا أرادت الاستفادة منه ، وجاد عليه الباحثون المعنيون بخدمة جديدة وحرارة حديثة وجود على أثرها بما في مناجمه من ثروة دنيئة ، ومطارد ثمنية .

٢ - النظريات الأساسية في مباني الاحكام الفقهية .

وهي النظم والركائز التأسيسية الكبرى التي تعتبر دعائم الفقه وأركانه وأشرفنا آنفاً الى ضرورة جمعها وتصدير الفقه بها .

٣ - القواعد الكلية التي صدرت بها المجلة مرتبة ترتيباً جديداً وموضحة بشرح موجز .

وقد جعلت للكتاب اسماً عاماً متسلسلاً تشترك فيه جميع أجزائه
وهو :

الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد

تم جعلت لكل جزء عنواناً خاصاً به يدل على موضوعه ومباحثه :

فالجزآن الاول والثاني هما : المدخل الفقهي العام •

والجزء الثالث هو : المدخل الى النظرية العامة للاحكام المدنية في الفقه الاسلامي ^(١) وهو بشابة باب تمهيدي لصياغة تلك النظرية العامة الجامعة ، ويشتمل على ثلاثة فصول تلقي نظرة عامة على فكرة الحق والالتزام والأموال والأشخاص في الفقه الاسلامي •

والجزء الرابع هو : النظرية العامة للاحكام المدنية في الفقه الاسلامي على غرار النظرية العامة للالتزامات في الفقه الأجنبي •

وتمام هذه الاجزاء الاربعة ان شاء الله - وهي تتضمن الباحث الاحكام العامة - تبرز النظرية العامة للاحكام المدنية في فقهنها الاسلامي كاملة ، وتقوم على قدمها موطأة الاكناف مجبوكة الاطراف ،

(١) كان يسم بالجزء الثالث « نظرة عامة في فكرة الحق والالتزام والأموال والأشخاص في الفقه الاسلامي » • وبما ان الجزء الثالث في ترتيب هذه السلسلة الفقهية هو باب تمهيدي الى نظرية الاحكام العامة الجامعة التي هي موضوع الجزء الرابع ، وهي في ترتيبنا تقابل نظرية الالتزام العامة في الفقه الاجنبي ، لذلك رجعنا هذا الاسم الجديد للجزء الثالث ، فيكون الجزء الاول والثاني مدخلاً فقهيّاً عاماً ، والثالث مدخلاً خاصاً الى النظرية العامة للاحكام المدنية •

بمثل طريقتها المعروفة اليوم في الفقه القانوني الحديث ، مع مدخلين عظيمين هامين •

ثم في الأجزاء التي تتلو تلك الأربعة من السلسلة ، نبحث في العقود المسماة مرتبة ومعالجة بالأسلوب الموضوعي الحديث مبتدئين من عقد البيع ، فتظهر أيضاً التطبيقات الفقهية لتلك المبادئ والاحكام العامة في العقود الخاصة •

وقد أخذت نفسي بعزو الاحكام الى مصادرها الاصلية ومواضعها من كتب الفقه ، الا ما كان مشهوراً غير محتاج الى عزو ، وذلك لكي يتمكن القارئ من الرجوع الى تلك المصادر الفقهية ، ولا يكون في هذا الأسلوب الجديد ما يجعل الطالب غير قادر على الرجوع الى النبع الفقهي في كتبه القديمة الأساسية ، والاستفادة منه •

وان هذا العمل التجديدي في طريقة عرض الفقه الاسلامي بالانتقال من الشكل الفروعى الى الشكل الموضوعي يقتضي أن تتعاون عليه جهود جماعة من الاساتذة العلماء المطلعين على الفقه الاسلامي وعلى علم القانون الحديث في مصادره وأساليبه الاجنبية ، كما يقتضي من الوقت ما يروي الروية في التخطيط والاحاطة والترتيب والتهديب والتتقيع •

وهذا عمل أجل وأعظم من أن يقوم به فرد ، ولكن الحاجة الملحة الى السرعة ومساابقة الزمن قضت بأن أقدم على حمل هذا العبء الثقيل الذي ينوء بالعصبة أولي القوة ، فاجمع بين التهيئة والالقاء والتحرير والإخراج في مبدأ عملي بقدر طاقتي في جميع أجزاء الكتاب في وقت واحد ، سداً لحاجة الصنف الثلاثة مما في كلية الحقوق بجامعة دمشق •

ومن الله تعالى استمد العون ، وعلى الله قصد السبيل ، وهو حسبي
ونعم الوكيل^(١) .

دمشق في ٨ من صفر/ ١٣٥٤ هـ - ٢٢ من كانون الثاني/ ١٩٤٥ م

مصطفى احمد الزرقا

(١) قد احتجنا الى تجديد طبع هذا المدخل قبل تمامه حتى تم
بالطبعة الثالثة .

وقد نقلنا في هذه الطبعة عن كتب حديثة ظهرت بعد الطبعة الثانية
لهذا الكتاب ، أو ظهرت قبيل ذلك ، ولكنني اطلمت عليها أخيراً ، ككتاب
« أبو حنيفة » وكتاب « مالك » وكتاب « ابن حنبل » وكتاب « الملكية
ونظرية المقعد في الشريعة الإسلامية » للاستاذ المحقق الشيخ محمد أبي
زهرة ، وكتاب « الحق والذمة » للاستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف ،
وكلاهما من أساتذة الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق من جامعة القاهرة ،
وكتاب « النظرية العامة للموجبات والمقود في الشريعة الإسلامية »
للاستاذ المحامي الدكتور صبحي المحمصاني استاذ المجلة والقانون الروماني
في الجامعة الأميركية ببيروت .

هذا ، وبما أن القانون المدني السوري صدر خلال الطبعة الثالثة أيضاً ،
لذلك نقلنا عنه وعزونا اليه أشياء مع أنه صدر سنة/ ١٩٤٩ م بعد تأليف
هذا الكتاب ، كما سبقت للاشارة اليه في مقدمة الطبعة الثالثة .

الرموز والاصطلاحات

قد جعلنا مقاطع الكلام ومحطات البحوث مفصلة ومميزة بفقرات ذات أرقام متسلسلة اعانة للقارئ ، وتسهيلا للاحالة والمراجعة .

وإذا احتجنا عند تجديد الطبع الى زيادة فقرة أو أكثر نكرر رقم الفقرة السابقة مضافاً اليه رقم (٢) فصاعداً بحجم أصغر مفصولاً بخط مائل ، كيلا تتغير بالزيادة أرقام الفقرات القديمة فتختل الاحالة السابقة عليها .

فمثلا لاضافة فقرات جديدة بعد الفقرة العاشرة نرسم هكذا :

٢/١ و ٣/١ ، وهلم جرا ...

وقد استعملنا في العزو والاحالة اصطلاحات نوضحها فيما يلي :

- ١ - حرف الراء المجردة هو فعل أمر من الرؤية بمعنى أنظر .
- ٢ - حرف الفاء المتلو برقم هو رمز الى الفقرة ذات الرقم المذكور .
- ٣ - حرف الميم مسبوقا باسم كتاب ذي مواد متسلسلة كمجلة الاحكام المدنية يراد به المادة ذات الرقم من الكتاب المذكور . وقد نستغني في هذه الحال عن الميم ، مثل (ر : المجلة / ٢٧٠) ، أي انظر المادة / ٢٧٠ من مجلة الاحكام المدنية .

٤ - حرف الجيم (ج) رمز للجزء من كتاب ذي أجزاء متعددة ،
وحرف الصاد (ص) رمز للصفحة • وقد نكتفي بذكر رقم الجزء ورقم
الصفحة فقط منفصلاً بينهما بخط مائل هكذا مثلاً : (البدائع ٦٧/٥)
فالرقم الاول للجزء ، والثاني للصفحة • وإذا كان الكتاب جزءاً واحداً
فالرقم بعده للصفحة •

٥ - حرف القاف مع الميم متلوأ برقم هو رمز للقانون المدني السوري
الجديد ، والرقم للمادة المقصودة منه •

٦ - اذا ذكرنا في العزو والاحالة الى المواد أو الصفحات أو الفقرات
رقمين بينهما خط افقي هكذا مثلاً : (١٦ - ٢٠) فالمراد شمول الاحالة
أيضاً جميع ما بين الرقمين المذكورين من أرقام متسلسلة •

٧ - حيثما عزونا الى صفحة من كتاب الدر المختار وحاشيته رد
المختار دون تعيين الطبعة فالمراد الطبعة الاولى الاميرية ذات القطع
الكبير •

وإذا عزونا الى تنقيح الفتاوى الحامدية فالمراد الطبعة الكاستلية
سنة ١٢٨٠ هـ •

وإذا عزونا الى كتاب الدرر شرح الدرر فالمراد طبعة اسطنبول •

٨ - عند تكرار العزو الى كتاب بعد فاصل قصير اذا وضعنا بعد
اسم الكتاب كلمة (أيضاً) فمعناه : الجزء والصفحة نفسها المعزوة اليهما
منه قيل ذلك •

مثال - فاذا قيل مثلاً : (ر : ج/٣٧ / ٢٧٧ / والمجلد ٢٥٠ /

وقانون الاحوال الشخصية م/٥٠ - ٥٥ / ورد المختار ٣/٢٠٠/
وقم/٣٨٤) فمناه :

أنظر الفقرة /٢٧/ من الجزء الثالث من هذا الكتاب ، والمادة
/٢٥٠/ من المجلة ، والمواد من ٥٠ الى ٥٥ من قانون الاحوال
الشخصية ، والصفحة /٢٠٠/ من الجزء ٣ من رد المختار ، والمادة
/٣٨٤/ من القانون المدني السوري .

* *

القسم الأول

مقدمة تعريفية وتاريخية

للفقه الاسلامي

البنائ الأول

تمهيد ، وتعريف ، وتقسيم

الفصل الأول

تمهيد

بين يدي هذه السلسلة الفقهية

- ١ -

ضوء على الشرائع الوضعية بوجه عام

١ - ان الشرائع الوضعية : أو القوانين في المجتمعات البشرية البدائية ، تكون تدريجياً في صورة عادات وأعراف . ثم اذا ارتقت حياة الامة ومداركها ومعارفها وأصبحت لها سلطة حاكمة وسيادة ، تلجأ الى تقنين Codification تلك المادات وتجعل منها نظاماً آمراً في أعمال الناس ومعاملاتهم وعلاقاتهم . فيحل القانون محل تلك العادات

وينسخ اعتبارها ، فيلغي منها ما يرى غير صالح ، ويثبت ما يرى صالحا ،
وتصبح العبرة لنصوص القانون وروحه ومقاصد شاعره .

ثم يرتقي التشريعي فيضع الأسس الحقوقية ، والقواعد القانونية
العامة تاركا للإعراف والمادات تخطيط الحدود الفاصلة للحقوق
والالتزامات المتقابلة في التفاصيل الجزئية التي يصر على الشارع استقصاؤها
بالنصوص ، وليس من المستحسن فيها ذلك الاستقصاء .

وهكذا يارتقاء التشريع ودخوله في طور تقعيد القواعد العامة يعود
للعرف والمادات اعتبار في نطاق تقوم فيه بوظيفة المساعد للقانون ،
غير ميدانها الأول الذي كانت فيه هي القانون .

٢/١ - وأهم مراحل الرقي التشريعي هي المرحلة التي تجسد فيها
الارادات الحقوقية المسماة بالمقود ، وتنظم وتحتزم نتائجها ، وتطلق فيها
حرية التعاقد والمشارطات في كل ما لا يخل بالنظام العام والأداب ، ومقاصد
الشارع الاساسية . وفي الامم ذات التراث التشريعي الراقي يوجد الى
جانب نصوص القوانين فقه العلماء المشرعين (أي نظريات حقوقية
وشروح) واجتهاد للقضاة في فهم النصوص وتطبيقها والقياس عليها بصورة
توسع استيعاب النصوص المحدودة الى آفاق غير محدودة بمراعاة الملل
التي راعاها الشارع ، وتحكيم دلائل نصوصه .

٣/١ - فالشرح بوجه عام في أمة من الامم ليس الا صورة صحيحة
لحياة اجتماعية واقعية . وهدفه العام فيها اقامة العدل وحفظ التوازن في
الحقوق والالتزامات وصيانة حقوق الناس الفردية ومصالح المجتمع
بقواعد قانونية . وهذه القواعد تكون وقتية غير صالحة للخلود اذا
كانت تعبر عن اوضاع خاصة عرفية اقليمية ، وتكون صالحة للخلود اذا

كانت تعبر عن مفاهيم وحقائق مسلمة ثابتة عالمية ، كقاعدة منع الضرر
واجباب التمييز عنه ، وقاعدة عدم سرعان حكم المقد على غير عاقيه ،
وعدم تأثيره في حقوق الغير

فالتشريع دائما في الامة هو كالأدب فيها كلاهما يعطي صورة عن
واقع اجتماعي واقتصادي في الامة ، ويعبر عما وصلت اليه الحياة فيها
من التطور والادراك الاجتماعي . ويقدر ما فيه من قواعد ذات مفاهيم
تشريعية عامة عالمية الاعتبار ، ويقدر ما فيه من توجيه للامة نحو الاصلاح
المستمر تكون درجة رقي ذلك الشرع ، وصلاحيه مبادئه للخلود .

١/٤ - وليس اختلاف الشرائع بين الامم الا تعبراً عن الاختلاف
في الحياة الاجتماعية والاقتصادية فيما بينها ؟ وفي الاهداف التي تتجه
نحوها هذه الحياة ، وفي المثل العليا Ideals التي تستلهمها الامة
وتستوحى منها عقيدتها . فعندما تبلغ الامة ذروة الرقي الفكري
تبلغ تلك القواعد التشريعية لديها متنهاها من الرقي والقوة وتمتع
بالخلود . فالامة الرومانية مثلاً لما كانت تعيش حياة منعزلة عن العالم ،
منكمشة على عادات خاصة بها كانت قوانينها مجرد عادات ، ثم شرعاً
موقفاً لحياة محدودة . ولما خرجت من موطنها الاصلي واندفعت نحو
الشرق ، وحكمت عناصر اخرى ، اضطرت للخروج من نطاق شرعها
الضيق ، فتطور وتوسع ولكنه بقي موقفاً غير صالح للخلود ، اذ كان
لهم شرعان : أحدهما يتمتع به الرومان الاصليون ، والآخر الاجانب .
حتى اذا بلغوا مستوى عالياً في الرقي المدني والفكري بعد القرن الثالث
للميلاد ، وثبتوا قدمهم الثانية في الشرق الاوسط مهد الحضارات
القديمة والشرائع والاديان ، بعد ان هدبتهم المبادئ الانسانية العامة
التي خلقتها تعاليم السيد المسيح عليه السلام ، بلغ عندئذ تفكيرهم
التشريعي منتهى رقيه ، فقام الامبراطور جوستيان في القرن الخامس

الميلادي بتقنين الشرع الروماني وتحريره من جديد ، فاصح اساسا
لمعظم الشرائع الاوربية الى هذا اليوم .

١/٥ • تنتهي من هذه النظرية الخاطفة في اقل قانون الوضعي بوجه عام
الى الحقيقة التالية : ان التشريع بوجه عام له ثلاث وظائف كبرى في الامة:
العلاج ، والوقاية ، والتوجيه :

— فهو علاج للعلل الاجتماعية والمشكلات الاقتصادية الواقة .

— وهو وقاية من العلل والمشكلات المتوقعة .

— وهو توجيه وتمهيد لاستمرار التكامل حتى يبلغ تنظيم الحقوق
والالتزامات والمصالح مستواء الاكمل ، كما يبلغ صاعد الجيل ذروته
تدريجيا اذا استمر في اتجاهه اليها . ولكي تتحقق هذه الوظائف الثلاث
في التشريع يجب أن يكون الزامياً ، Obligatoire ، والا كان من قيل
المواعظ والارشادات الاخلاقية . ثم لكي تضمن له الطاعة في العمل
والتطبيق يحتاج الشرع الاصلي الى نوع اضافي من الاحكام التشريعية
يسمى : المؤيّدات Sanctions وهي : اما زواج مدنية جزائية كبطلان
العقود المخالفة للنظام ، واما عقوبات تأديبية كالسجن والغرامات على الجرائم
العدوانية لكي يضطر المكلف الى التزام حدود الطاعة .

على انه اذا كان الشرع يفترق عن المبادئ الاخلاقية من ناحية القوة
الالزامية ، فانه دائما يفترق في التطبيق الى الاخلاق التي يفترق عنها في
المفهوم . ذلك لان باب الاحتيال على القانون لا يمكن سده في وجه
الاذكياء من الناس الذين يقب القانون حائلا دون منافعهم ومطامعهم
غير المشروعة الا اذا توافرت الاخلاق الفاضلة لديهم ، حتى تصبح أحكام
القانون محترمة مقدسة في نفوسهم ، فلا يستطيعوا هضم حقوق الغير أو

حقوق الدولة ولو استطاعوا ان ينفذوا الى مطاعمهم من مداخل بعيدة عن رقابة القضاء ، آمنة من طائلته وسلطانه .

ومن هنا يتضح مدى الصلة الوثيقة والتساند بين التشريع من جهة وبين التربية العقلية والاجتماعية والاخلاقية من جهة أخرى .

بعد هذه النظرة الاجمالية الموجبى في القانون بوجه عام ، وفي عناصره وصفاته الكمالية تنتقل الى الكلام عن الشرائع الالهية ، ثم الشريعة الاسلامية لنرى موقفها من عناصر الكمال التشريعي ونصيبتها منها .

- ٢ -

ضوء على الشرائع الالهية

١/٦ - الى جانب الشرائع الوضعية توجد الشرائع الالهية عن طريق الرسل الذين يحملون وحي الله تعالى الى البشر هادين مصلحين مقومين لخط السير الانساني المتحرف .

وهذه الشرائع الالهية ثلاثة أنواع :

- نوع يأتي للتقويم الاخلاقي وتصفية النفوس ودعم الفضيلة ولا يتضمن نظاماً قانونياً على غرار الشرائع الوضعية ، وذلك كالمسيحية .

- ونوع يتضمن نظاماً قانونياً خاصاً ببيئة أو قوم كالشريعة اليهودية التي جاء بها سيدنا موسى عليه السلام لبني اسرائيل ، وتضمنت نظاماً قانونياً وأحكاماً عملية قضائية تتناسب مع الظروف الزماني والمكاني الذي كانوا فيه .

- ونوع يتضمن نظاما قانونيا مؤسسا على أساس الشمول والصلوح لجميع الشئات والظروف لانه يشتمل على المبادئ الثابتة ، وعلى التدابير الموقوتة والاحكام الاستثنائية لاحوال الضرورات ، وعلى الاحكام المربوطة بالاعراف والظروف الخاصة وتبديل وتطور بحسب تبدل تلك الاعراف وتطور الظروف مع المحافظة على الفكرة الاساسية فيها وهي العدل والانصاف .

وهذه هي الشريعة الاسلامية التي جاءت بعد سوابقها دعوة للبشر كافة حينما وصل التطور والاستعداد الفكري عند البشر الى درجة كافية لتلقي مثل هذه الاحكام النهائية في صورة مبادئ وقواعد كلية ثابتة ، وتركت الى جانب تلك المبادئ والكليات مجالا واسعا للاجتهاد في التفصيل ، ونصيا كبيرا للعقل في التطبيق ؛ وقرنت الاحكام بمللها وأسبابها كي يفهمها المكلفون ويتمكنوا من القياس عليها بقولهم ، وفقا لمقاصد الشريعة في العدل والاحسان ، وجلب المصالح ودرء المفاسد .

- ٣ -

الاطار العام للشريعة الاسلامية ، او نظام الاسلام

٧/١ - الشريعة الاسلامية هي مجموعة الاوامر والاحكام الاعتقادية والعملية التي يوجب الاسلام تطبيقها لتحقيق أهدافه الإصلاحية في المجتمع .

فللإسلام ثلاثة أهداف اصلاحية اساسية مرتبة ، كل منها نتيجة لما قبله وأساس لما بعده ، وهي :

- ٣٠ -

١ - تحرير العقل البشري من رق التقليد والخرافات ، وذلك عن طريق العقيدة والايمان بالله وحده ، وتوجيه العقل نحو الدليل والبرهان والتفكير العلمي الحر . ولذا كافح الاسلام الوثنية في شتى صورها لانها انحطاط في العقل وعمادة في البصيرة .

٢ - اصلاح الفرد نفسياً وخلقياً ، وتوجيهه نحو الخير والاحسان والواجب كي لا تنطى شهواته ومطامعه على عقله وواجباته . وذلك بممارسة الفرد للعبادة المشروعة التي تذكره بخالفه ، وبعبدة الثواب والعقاب في الآخرة لكي يكون المؤمن في مراقبة دائمة لاعماله ، حريصاً على عدم التقصير في واجباته .

٣ - اصلاح المجتمع أي الحياة الاجتماعية بصورة يسود فيها الامن العام ، والعدل بين الناس ، وصيانة الحريات المعقولة ، والكرامة الانسانية .

ولتحقيق هذا الهدف الاجتماعي الاخير جاء الاسلام بنظام مدني يتضمن تشريعاً شاملاً لجميع الاسس القانونية اللازمة لاقامة حياة اجتماعية في دولة ، وتنظيم علائق الناس بعضهم مع بعض ، وعلاقتهم بالسلطة الحاكمة ، وصيانة الحقوق الخاصة للأفراد ، والحقوق العامة للجماعة .

من هذه الاهداف الثلاثة في الاسلام يتحدد معنى الشريعة الاسلامية ويتضح أنها تقوم على ثلاث دعائم : عقيدة عقلية ، وعبادة روحية ، ونظام قانوني قضائي . وهذا هو المعنى المراد عندما يقال : ان الاسلام دين ودولة .

هذا ويجب التفريق بين النظام والتطبيق ؛ اذ لا ينكر انه في الواقع

العملي والتاريخي كثيرا ما يساء فهم الحقيقة الإسلامية في بعض هذه النواحي الثلاث ، أو يساء تطبيقها ، فتظهر صورة مشوهة •

ان هذه الناحية الثالثة ، وهي النظام القانوني من الشريعة الإسلامية ، هي وحدها المقصودة ببحثنا هنا في هذه السلسلة الفقهية ، سلسلة (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) •

النظام القانوني

في الشريعة الإسلامية

٨/١ - ان النظام القانوني في الشريعة تضمن قواعد واحكاما أساسية في كلا الميدانين : ميدان الحقوق الخاصة بفرعها المدني والجزائي ، وميدان الحقوق العامة بفرعها الداخلي والخارجي ، أي الدستوري ، والإداري ، والمالي ، والدولي •

وفي جميع هذه الزمر قد أتت نصوص الشريعة الإسلامية الأصلية في القرآن والسنة النبوية بمبادئ أساسية ، وتركت التفاصيل للاجتهاد في التطبيق بحسب المصالح الزمنية والامكانيات المكانية ، الا قليلا من الاحكام تناولتها بالتفصيل كاحكام الميراث وبعض العقوبات •

وحول تلك المبادئ القانونية في ميادينها المختلفة ، ونتيجة للتطبيق في البلاد الإسلامية التي واجه فيها المسلمون آثار مدينيات قديمة ، ونتيجة لتطور الظروف الاقتصادية المختلفة ، نشأ فقه تفسيري وتفصيلي عظيم حول النصوص الأصلية في الشريعة باجتهاد الفقهاء الشنراخ ، والقضاة الحاكمين ، وكان هذا الفقه الإسلامي أعظم وأوسع فقه

قانوني عرف الى اليوم في تاريخ السرائع . وقد نشأت فيه مذاهب
فقهية قانونية كثيرة ، أشهرها المذاهب الاربعة الحية الى اليوم وهي الحنفي
والمالكي والشافعي والحنبلي . فالاختلاف بين هذه المذاهب ليس اختلافا
دينيا بل هو اختلاف قانوني قضائي نشأ منه ثروة تشريعية عظيمة في
نظريات الفقه الاسلامي .

- ١ -

أهم المبادئ الأساسية

في هذا النظام القانوني من الشريعة الإسلامية

أولا - قسم الحقوق الخاصة

(١) - في حقوق الأسرة (الأحوال الشخصية)

٩/٩ أتت الشريعة الإسلامية في القسم القانوني منها بنظام
شامل لتظيم جميع أوضاع الأسرة وعلاقتها المسماة اليوم بالأحوال
الشخصية : Statuts personnels . فبدأت أولا بانقاذ المرأة من الوضع
المهضوم الذي كانت عليه في اسرتها ، اذ كانت المرأة لا تتمتع بحق الحياة
فضلا عن غيره من الحقوق . فحرم القرآن قتل البنات المتداد في
جاهلية العرب ، وتعدّد القرآن به أشدّ تنديد . وهذا ، كما يقول
الاستاذ مونت Montet عميد جامعة جنيف في مقابلة ترجمته للقرآن ،
« كاف لأن يضمن لمحمد اسما لا ينسب بين المصلحين بالنسبة الى
عصره » .

ولم تكف الشريعة بهذا المقدار ، بل اعتبرت للمرأة جميع الأهليات

الحقوقية التي للرجل ، فقررت لها حق الأثر الذي كانت محرومة منه ، كما قررت لها الحرية في الزواج واختيار الزوج ، وأهلية الوصاية على أولادها أو غيرهم ، وحق إدارة أموالها واستثمارها وسائر التصرفات دون أي سيطرة عليها في شيء من ذلك للرجل من قريب أو زوج •

وقد احتفظت الشريعة للرجل بالسلطة العليا في تدبير شؤون الأسرة لأنه أقدر على ذلك دون مساس بالحقوق الخاصة للزوجة •

ثم إن الشريعة نظمت سائر حقوق الأسرة تنظيماً جديداً دون قيد بشيء من الحقوق العرفية التي كانت عليها الأسرة قبل الإسلام • وشمل هذا التنظيم حقوق الأسرة بمراحلها الطبيعية الثلاث :

١ - الزواج وانحلاله ونتائجهما الواسعة النطاق •

٢ - الولاية والوصاية على القاصرين بسبب الصغر أو الخلل العقلي •

٣ - الميراث •

ونشير بإيجاز إلى بعض الملاحظات والاسس الهامة في كل من هذه الأحوال الثلاث •

ونشير الآن سلفاً إلى أن الشريعة الإسلامية تحتفظ لرعايا الدولة الإسلامية من غير المسلمين بأن يطبقوا فيما بينهم أحكام ديانتهم في أحوالهم الشخصية نظراً لاتصال هذه الأحوال بالديانة التي تصون الشريعة لكل طائفة حريتها فيها •

١ - في الزواج ونحلته وأثرهما

١ - انعقاد الزواج :

١٠/١ - جعلت الشريعة الزواج عقداً مدنياً محضاً كسائر العقود ، فينقذ ويتم وينتج جميع نتائجها بمجرد اتفاق الإرادتين بمحض شاهدين دون توقف على مداخلته مرجع ديني ، لأنه لا يوجد في الاسلام طبقة رجال دين لهم سلطة دينية ليست لغيرهم . ففي شريعة الاسلام لا وساطة لأحد به الله والناس . حتى ان النبي نفسه وهو الذي جاء بالشريعة تنحصر مهمته الدينية في التبليغ ، وسلطته الزمنية في التطبيق ، كما يقول القرآن له : « انما عليك البلاغ » ، « انما أنت منذر ولكل قوم هاد » .

فليس للنبي نفسه سلطة دينية يحكم فيها بمصير شخص عند ربه . بل كل شخص يدخله في الدين ايمانه ، ويخرجه جحوده . والنبي عليه السلام يقول لابنته : « يا فاطمة بنت محمد لا أغني عنك من الله شيئا » . ففي الاسلام انما يميز بين الناس في النظر الديني بميزة العلم والعمل . فالأعلم بأحكام الشريعة (وهي أحكام مقررة مكتوبة معلنة غير سرية) أياً كان الشخص الاعلم بها هو أحق بالتكلم فيها ، ورأيه خاضع للنقد والوزن بميزان النصوص الشرعية الثابتة .

ففي ظل هذا الوضع لا يتصور أن يكون الزواج في الاسلام دينياً بالمعنى المصروف للزواج الديني اليوم (وهو توقف انعقاده ونتائجها في نظر الديانة على مداخلته أحد من أصحاب السلطة الدينية في اجراءاته) وبذلك تكون الشريعة الاسلامية أول مؤسس للزواج المدني الذي اخذت به جميع الدول ذات الشرائع الوضعية العلمانية الحديثة .

ب - القرابة المانعة للزواج :

١١/١ - أما القرابة المانعة للزواج فبالنسبة الى أقارب الشخص نفسه يتمتع زواجه بأحد أصوله أو فروعه أو فروع أبويه (أي الاخوة وأولادهم) مطلقا ، وبالطبقة الاولى من فرع أجداده • فبنت العم وبنت الخال يجوز تزوجهما •

وبالنسبة الى أقارب أحد الزوجين يتمتع على كل منهما التزوج بأحد أصول الآخر أو فروعه •

وهنا تأتي مسألة تعدد الزوجات • وهي مسألة معقدة الارتباطات والاعتبارات • وقد اختار الشرع الاسلامي فيها موقفا وسطا بين الاباحية المطلقة والمنع المطلق ، فأباحه ضمن حدود وشرائط ناظراً الى الامر الواقع والحقائق الاجتماعية والضرورات الملحة المتوقعة •

ج - نتائج الزواج :

١٢/١ - ينتج الزواج في الشريعة وجائب مالية وغير مالية :

١ - فمن حيث الوجبة المالية يكلف الرجل نفقة الزوجة والاولاد بالتقدير المتعارف في مستوى معيشة أمثال الزوج • ولا ينتج الزواج أي وجبة مالية على الزوجة ، كمي تنفرغ لإدارة المنزل وتربية الأولاد • وتربية الأولاد •

٢ - ومن الناحية غير المالية توجب الشريعة على المرأة طاعة الزوجل ضمن الحدود الشرعية ، كما توجب عليها متابعة والسكنى معه • وتوجب الشريعة على كل منهما معايشة الآخر بالحسنى والمودة • أما نسب الأولاد فكما يترتب على الزواج الصحيح يثبت أمهنا في الزواج غير

الصحيح صيانة لحق الاولاد • وقد نمت الثروة البنية الوهمية بطريق التبني : Adoption وحصرت البنية وحقوقها بطريق التماسل الحقيقي •

د - انحلال الزواج :

١٣/١ - سوغت الشريعة التحلل الزواج بين الزوجين بالطلاق
اجتبابا لمخازير الزامهما باستمرار الزوجة عند التنافر . ولكن الشريعة
حفت الطلاق بالزواج الدينية لاجل عدم استعماله الا عند الضرورة
الموجبة . وقد وصف النبي (ص) الطلاق بأنه « أبغض الحلال الى الله » ،
كما وصف الزواج بأنه « أحب الحلال الى الله » .

وقد جعلت الشريعة الطلاق مبدئياً بيد الرجل لانه بذلك يكون أقل ممارسة من جعله بيد كل منهما ، ولا سيما أن الزواج في الاسلام يكلف الرجل ما لا يدفعه للمرأة يسمى : مَهْرًا . ولكن الشريعة فسحت للمرأة مجالاً للتفصل من الزوجية بطريق القضاء في حالات عديدة ، منها ما اذا أساء الرجل معاملتها .

هـ - نتائج انحلال الزواج :

١٤/١ - رتب الشريعة على انحلال الزواج بالموت أو بالطلاق
تربص مدة معينة لا يجوز خلالها للمرأة أن تزوج ، كي يتحقق فراغها
من الحمل ، منأً لاختلاط الأنساب وضياعها . وهذه المدة تسمى :
العدة ، وهي في حال الطلاق لها ارتباط بالحيفض ولا تتجاوز عادة ثلاثة
أشهر . وفي حال وفاة الزوج أربعة أشهر وعشرة أيام . فإذا ظهر حمل
لدى المرأة لا يجوز زواجها إلا بعد أن تضع حملها .

٢ - الولاية والوصاية

١٥/١ - ميزت الشريعة بين الولاية والوصاية • فالولاية سلطة على شخص القاصر لتثبته وتطبيعه وتعليمه وسائر التصرفات المتعلقة بشخصه • وهذه قررت لها الشريعة نظاما خاصا يرجع فيه للولاية الاقرب فالاقرب الى القاصر بشرط أن يكون الولي ذا أهلية ، وحسن التصرف • فالأب يقدم على الجد والابن يقدم على المم وهكذا ...

أما الوصاية فهي سلطة ادارية على مال القاصر لحفظه وإدارته واستثماره • وهذه يرجع فيها أولا من يختاره الأب قبل وفاته وصيا على أولاده • ثم الجد ومن يختاره قبل وفاته كذلك فإن مات الأب دون أن يوصي الى أحد يصود للقاضي حق نصب وصي على القاصرين • وللأوصياء صلاحيات ومسؤوليات شرعية مفصلة • والوصي مسؤول أمام القضاء عن كل قصير أو خيانة •

وفي أواخر العهد العثماني قيدت صلاحيات الأوصياء بنظام خاص وربطوا بمجلس يؤلف برئاسة القاضي الشرعي لما كثرت حوادث قلة الأمانة • وهو تدبير توجهه الشريعة بحسب مقتضى الحال ويدخل في سلطة ولي الامر وفقا لقاعدة المصالح المرسلة •

٣ - الميراث

١٦/١ - أقرت الشريعة الميراث بين الزوجين وبين الأقارب بقواعد واحكام جديدة تماثا بالنسبة الى جميع الاعراف والشرائع وبته على الاسس التالية :

١ - الارث جبري يحكم الشرع لا بإرادة المورث • فليس للمورث

حرمان وارثه الشرعي من حق الارث ، وان كان يستطيع في حياته أن يتصرف بجميع ماله • حتى ان الزوج اذا طلق زوجته في مرض موته دون رضاها اعتبر ذلك منه اساءة لاستعمال حق الطلاق ، ودليلا على قصد التهرب من ارثها ، فيثبت لها حق الارث شرعا •

واذا كان الارث جبريا فليس معنى ذلك ان الوارث يتحمل ديون المورث كما في بعض الشرائع الحديثة اليوم • فالارث في الاسلام شرع نعمة للوارث لا نعمة عليه ، ولكن ديون المورث تتعلق بتركته وتستوفى منها قبل الارث • فاذن زاد شيء تنفذ وصايا الميت من ثلث الباقي بعد الدين ، ويوزع الثلثان ارثا • فان اوصى المورث بأكثر من الثلث توقف تنفيذ الزائد على رضى الورثة •

٢ - وزعت الشريعة الارث بين الاقارب بنظام خاص روعي فيه الاقربىة الى الميت • فتارة يُحسب الابعد بالاقرب ؛ وتارة يشتركان ويكون للاقرب القسط الاكبر ، وذلك بحسب درجة القرب والبعد • ويُحسب للمحمل حساب ضد وفاة مورثه فيوقف له نصيب يأخذه ان ولد حيا •

٣ - ليس للولد الاكبر امتياز في الارث أو تقدم على أخيه الاصغر خلافا لبعض الشرائع الاوربية التي لانزال الى اليوم آخذة في الارث بقاعدة
Droit d'ainé : تقديم الولد الاكبر التي تسمى :

٤ - للبت نصف حصة أخيها الذكر •

وهذه المسألة كثيرا ما يساء فهمها ، وتُظن غيباً للأنثى في الشريعة ؛ ولكنها في الحقيقة مرتبطة بنظام التكليف المالي في الاسرة • فالشريعة الاسلامية تكلف الرجل بنفقة زوجته وأولاده • فالبت قبل الزواج

تكون نفقتها على الاقرب من رجال أسرتها ، وبعد الزواج نفقتها على الزوج ، ولا تكلف الزوجة شيئاً من نفقة أولادها ، فإذا أخذت في الارث نصف ما يأخذ اخوها المكلف بنفقة نفسه وزوجته وأولاده وبنفقة أخته .
أيضا اذا تأملت ترجع الاخت عدتذ أوفر حظا منه في الميراث •

ويلحظ في هذا المقام أن تفاصيل أحكام الأحوال الشخصية التي عرضنا هنا أهم التقاط الاساسية منها يوجد في الاجتهادات الإسلامية ومذاهبها اختلافات في تفاريع جوهريّة منها • ويوجد في كل من المذاهب الفقهية أحكام ونظريات في بعض الفروع أفضل من غيره وأصلح نتيجة في التطبيق ، كحق إنهاء الزواج قضائيا بطلب المرأة اذا أساء الرجل عشرتها في الاجتهاد المالكي ، وكون الطلاق في أغلب الأحيان قابلا لأن يرجع فيه الرجل خلال عدة المرأة في الاجتهاد الشافعي •

(ب) - في الحقوق المدنية

١ - في الالتزامات :

١٧/١ - اعتبرت الشريعة الإسلامية كل فعل ضار للغير موجبا مسؤولية الفاعل أو التسبب والتزامه بالتعويض عن الضرر ولو كان عن خطأ • فإن كان عن عمد يوجب أيضا عقوبة الفاعل • وهذا المبدأ تضمنه الحديث النبوي القائل : « لا ضرر ولا ضرار » • وهذا غير ما توجهه الشريعة من التزامات أخرى مصدرها العقد أو الإرادة المنفردة أو إرادة اشخاص كنفقة الأقارب ، وكالوقف •

وقد اعتبرت جميع الالتزامات مضمونة بتأييد القضاء • فللقاضي سلطة واسعة لا حدود لها في اجبار كل إنسان على تنفيذ التزامه ولو كان هو الخليفة • وحوادث قضاء القضاة على الخلفاء والملوك معروفة كثيرة في التاريخ الإسلامي •

٢ - في العقود :

أقرت الشريعة الإسلامية في العقود الأسس التالية :

أ - العقد المتزوع ملزم لعاقده دون غيره كما أن إقرار الشخص لا يسري إلا على نفسه وحقوقه • والتزام العاقد ينتقل إلى من يخلفه كالوارث أو الموصى له • وهذا المبدأ تضمنته الآية القرآنية في أول سورة المائدة : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » •

ب - انشروط العقدية حرة وملزمة للعاقدين إلا ما يخالف النظام العام والآداب ، وهذا المبدأ تضمنه الحديث النبوي : « المؤمنون عند شروطهم إلا بشرطاً حراماً أو حراماً حلالاً » •

ج - العقود كلها رضائية • أي أنها تتمتع بالتراضي الحر بمجرد الاتفاق بين الطرفين دون اشتراط شيء من المراسم الشكلية • حتى أن عقد الزواج يكفي لانعقاده مجرد تراضي الرجل والمرأة بإيجاب وقبول بحضور شاهدين ؛ بينما كانت العقود كافة لدى الرومان وبعضها لدى العرب عقوداً شكلية خاضعة لمراسم وحركات غريبة يجب أن يجريها العاقدان ولا يكفي فيها مجرد التراضي • واستمرت آثار شكلية العقود وراثتاً عن الرومان في الحقوق الأوروبية إلى أواخر القرن الثامن عشر حيث قررت إذ ذاك فقط رضائية العقود في القوانين الحديثة •

د - أوجبت الشريعة في إنشاء العقود وتنفيذها حسن النية La bonne foi وجعلت كل غش أو تدليس أو تفرير من أحد العاقدين موجبا خيار الآخر ومسوغاً له فسخ العقد لاخلاله بالتراضي •

هـ - اعتبرت العرف والمادة أساساً لتحديد حدود الالتزامات والحقوق العقدية في كل ما سكت عنه نص العقد : فطريقة استعمال

المأجور مثلا ، وكيفية دفع الاجرة يتبع فيه عرف الناس •

وللعرف اعتبار قضائي واسع المدى في كل موضوع ما لم يصادم
نصا شرعيا خاصا في موضوعه ، كالتعارف على الالتزام بدين القمار
فانه لا عبرة له •

(ج) - في الحقوق الجنائية :

١٨/١ - اقامت الشريعة نظام العقوبات على أساسين :

١ - كل فعل ممنوع يعتبر جريمة ، وكل جريمة واجبة العقاب
بصورة عادلة تتناسب مع الفعل وتكفي لتحقيق الامن الداخلي وتأديب
الفاعل ، ولو لم يحدد الشرع سلفا عقوبة معينة لذلك الفعل •

٢ - تركت الشريعة عقوبات معظم الجرائم (سوى خمس منها)
دون تحديد ، لان العقوبات فيها يجب أن تختلف باختلاف الظروف •
فللسطة الحاكمة تقنين العقوبات على هذا الاساس ، وللقاضي عند عدم
التقنين ان يقدر العقوبة بحسب الظروف الزمانية والمكانية والشخصية •
وهذه العقوبات التي لم تحددها الشريعة بل تركها مفوضة للحكام
تسمى : التعزير •

وقد خصصت الشريعة المدوان على النفس بعقوبة المماثلة المسماة
بالقصاص ، فأوجب قتل القاتل التعمد اذا أصر خلفاء المقتول على طلب
القصاص • فاذا عفوا تبدل القصاص الى عقوبة تعزير يفوض تقديرها الى
الحكام ، حفظا للحق العام في التأديب والزجر •

ثانيا - قسم الحقوق العامة

(١) - في الحقوق الداخلية

١ - في الناحية الدستورية :

١٩/١ - أقرت الشريعة هنا ثلاثة مبادئ أساسية :

المبدأ الاول - الحرية التامة للناس دون اخلال بالنظام العام والآداب العامة ، ودون تجاوز على حدود حرية الغير •

المبدأ الثاني - المساواة أمام القانون في جميع الحقوق ، فلا امتياز لنسب أو لطبقة من الناس ، خلافا لما كانت عليه حال العرب والرومان والفرس • وقد جاء في القرآن الكريم « ان اكرمكم عند الله اتقاكم » أي احسنكم عملا وامتثالا لأوامر الشريعة • وجاء في الحديث النبوي « لا فضل لعربي على عجمي ولا لأبيض على أسود الا بالتقوى » •

ومن تطبيقات هذين المبدأين في التاريخ الاسلامي الاول حادثة الخليفة الثاني عمر بن الخطاب الذي عاقب ابن امير مصر وفاتحها عقوبة شديدة لانه تجاوز على حرية نصراني مصري (قبطي) في سباق الخيل لما سبقه القبطي فضربه ابن الامير قائلا : ما كان لك ان تسبق ابن الاكرمين • وهي حادثة معروفة • وقد قال الخليفة عمر للامير وابنه بعد العقوبة كلمته المشهورة « منذ كم استبدتم الناس وقد ولدتهم امهاتهم أحرارا ١٩ »

وهنا تأتي قضية الرق • فالاسلام أنى بتحسين حال الارقاء ونظم لهم حقوقا قانونية مضمونة بالقضاء ، وأوصى بهم واعتبرهم بمقتضى العقيدة الاسلامية (اخوانا) لمواليهم ، واعتبر اعتاق الرقيق عبادة من

أعظم العبادات ثوابا عند الله ، وأوجب هذا الاعتناق إيجابا في كثير من الأحوال والحوادث . والنبي جميع منابع الاسترقاق لألوفه إذ ذاك عند العرب والرومان وغيرهم سوى الحرب المشروعة فقط . ولكنه لم يبلغ الاسترقاق بتاتا إذ ذاك لأن الأمم المحيطة بالمسلمين كلها متمسكة به وتسترق من يقع في أيديها من المسلمين . فأبقى الاسلام على الاسترقاق مؤقتا بنتيجة الحرب المشروعة على طريقة المقابلة بالمثل ، وهي نبدأ مقرر الى اليوم في الحقوق الدولية ، ولكن الشريعة مهدت لالغاء الرق بجعله مفوضا الى الامام (السلطة الحاكمة العليا) عندما تستعد الأمم لقبول الغائه فلا تبقى حاجة للمقابلة بالمثل .

هذا مع ملاحظة ان جميع الشرائع الاخرى من دينية أو وضعية لم تأت منها واحدة بالدعوة الى الفناء الرق ولا الى تحسين وضع الارقاء ، بل ولا مهدت لالغائه ذلك التمهيد الذي أسسه الاسلام ، بل استمر الرق في جميع العالم غير الاسلامي على قسوته حتى القرن التاسع عشر الميلادي .

المبدأ الثالث - الحكم في دولة الاسلام يجب أن يقوم على أساس الشورى وهذا مبدأ تضمنه القرآن وطبقه الرسول طوال حياته مع أصحابه ، فلا يجوز ان يكون الحكم استبداديا . ولكن الاسلام لم يحدد طريقة تحقيق الشورى لأن ذلك يختلف بحسب الامكانيات الزمانية والمكانية وما يحدث من اساليب جديدة مفيدة . فيمكن تأسيس طريقة الحكم بحسب دواعي المصلحة اما على نظام الملكية الدستورية ، أو النظام الجمهوري ، أو النظام البرلماني أو الرئاسي ، أو غير ذلك من الاساليب ضمن حدود المبدأ العام وهو ارادة الأمة والشورى . ومن ينتخب لممارسة السلطة العليا يعتبر ممثلا للدولة الاسلامية في كل شيء باعتبار ان الدولة بمجموعتها شخص اعتباري *Personnalité morale*

وتصرفه نافذ عليها في حدود الشريعة •

والشريعة تتألف تملأ مع مبدأ ورائة الحكم ، بل على الأمة أن تختار دائماً الأكثر كفاءة للسلطة العليا • وقد بين الرسول لأصحابه ان فساد نظام الحكم في الدولة الاسلامية يكون عندما يتحول عن طريقة الخلافة والشورى فيصبح « مُلْكاً عَصُوْضاً » أي يعض على الأمة عضاً ويُفرض عليها فرضاً •

٢ - في الناحية الادارية :

٢٠/١ - قررت الشريعة لمثل السلطة العليا (الامام) في الدولة صلاحيات ادارية تنفيذية غير محدودة • ففي يده تتركز جميع السلطات التنفيذية ، ومن جملتها سلطة اصدار الاوامر الزمنية (الانظمة) التي لها اليوم في عرف الدول صفة تشريعية • ولكن الشريعة تمنح الامام هذه السلطة التنظيمية باعتبار انها في الحقيقة تطبيق للنصوص الشرعية العامة المقررة سابقاً في الشريعة ، وتنفيذ لمقاصدها العامة في تنظيم مصالح الأمة بحسب مقتضيات الأحوال •

على ان هنا لا ينافي امكان فصل السلطات وجعل حق اصدار الانظمة الزمنية في يد سلطة خاصة انتخابية كالبرلمانات اليوم اذا رأت الأمة مصلحتها في ذلك ، اذ الاصل في النظام القانوني من الشريعة هو رعاية المصلحة العامة ، والتحول معها •

وقد أوجبت الشريعة على كل من يتولى الحكم ان يكون تصرفه على الرعية قائماً على رعاية الاصلح لها نتيجة مبدأ الشورى الواجبة • وقرر الرسول في احاديثه الثابتة أن الامام (الحاكم) Gouverneur كالراعي وهو مسؤول أمام الله والأمة عن التدابير الاصلح للرعية ،

وأن الرعية (الحكوم Gouverné) مسؤول كذلك عن الطاعة •
وهذا هو الأساس في جميع شؤون الإدارة والحكم : في فرض الضرائب
وجبايتها ، وتأسيس الخدمات العامة بمختلف أنواعها ، والاستملاك الجبري
للمنفعة العامة وغير ذلك •

وكما أوجبت الشريعة على الرعية الطاعة ايقظت فيهم الى جانبها
الشعور بالمسؤولية عن انحراف الحكام ولزوم مراقبتهم ، فقرر الرسول
صلى الله عليه وسلم انه : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » •
واستناداً الى هذا المبدأ والنصوص الشرعية فيه قال الخليفة الأول أبو
بكر في أول خطبة له : « أن أحسنت فأعينوني ، وإن أسأت
فقوموني » •

٣ - في الناحية المالية العامة :

٢١/٩ - جاءت الشريعة - على خلاف ما كان سائداً حين
ظهورها - ببدأ فصل بيت المال (خزانة الدولة) عن ملك الحاكم
الاعلى • فمال الخزانة العامة هو من الأمة واليها ، مرصود لمصالحها ،
والامام أمين مسؤول عن طريقة جمعه وصرفه في تلك المصالح العامة
وادارتها ، وليس له فيه حق إلا مرتبه المقرر لميسته بصورة
معسدة •

وقد حاسب الخليفة الثاني عمر أحد الولاة لما رأى لديه آثار ثروة
جديدة وقضى عليه بمصادرة الزائد عما كان لديه حين توليته مما
لم يثبت له مصدر جديد مشروع • ولما قال له السوالي : « اني
تاجرت فريحت » ، أجابه عمر بقوله « اننا وإقبه ما أرسلناك للتجارة » •

(ب) - في الحقوق الخارجية (الدولية)

٢٢/١ - أقرت الشريعة في هذه الناحية المبادئ التالية :

١ - الشعوب جميعاً متساوية في الحقوق الانسانية (خلافاً لنظرية الشعب المختار) الموجودة لدى بعض الديانات والامم •

٢ - المعاملة بين الدولة الاسلامية وغيرها يجب ان تقوم على أسس العدالة في السلم والحرب ، ففي السلم تحترم جميع الحقوق المكتسبة للدول ورعاياها • وفي الحرب لا يجوز تجاوز الحد الذي يندفع به شر العدو • فلا يجوز التمثيل بالقتل (أي تشويههم) ولا تعذيب الاسرى ، ولا القتل التدريجي بقطع الاعضاء ، ولا اتلاف الشجر النمر الا لضرورة حربية ، ولا قتل الحيوان الا للأكل أو لضرورة حربية ، ولا اىذاء المتكفين من رجال الدين في المساجد والصوامع ، ولا اىذاء العاجزين عن حمل السلاح من نساء واطفال وشيوخ مسنين ومرضى •

واساس كل ذلك قول القرآن العظيم (في سورة الاسراء) : • ولقد كرمنا بني آدم ••• وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً • فالانسان في نظرية الاسلام محترم لانسانيته والحرب مشروعة لدفع الاذى لا للاذى ، وفقاً لقاعدة الضرورة • وان الضرورة تقدر بقدرها •

وقد تضمنت وصية الخليفة الاول أبي بكر في تجهيز جيش أسامة أموراً عظيمة جامعة في هذا الموضوع •

٣ - المعاهدات محترمة بين الدول الاسلامية وغيرها وملزمة كالعقود بين الافراد ، وواجبة الوفاء والتنفيذ بحسن نية • وقد عقد الرسول وخلفاؤه معاهدات كثيرة نفذت بمتهمى حسن النية من الجانب الاسلامي ، الا عند اخلال الجانب الآخر •

٤ - لاتبجوز المحاربة دون انذار * وحادثة الخليفة الاموي عمر ابن عبد العزيز مع وفد سمرقند معروفة ، اذ جاء الوفد مشتكيًا على قائد الجيش الاسلامي فعين لهم الخليفة قاضيًا حاكمًا القائد معهم ، وفضى في التشجعة بخروج الجيش الاسلامي من سمرقند * (انظر تاريخ البلاذري في بحث فتح سمرقند ص/ ٤٢٨) *

٥ - المعاملة بالمثل جائزة الا فيما يخالف المبادئ الاسلامية * وعلى هذا الاساس افتى الامام الاوزاعي (أحد كبار فقهاء الشريعة في القرن الثاني للهجرة) بعدم جواز قتل الرهائن المأخوذة من رجال الروم ضمانًا لتنفيذ معاهدة بينهم وبين المسلمين عندما غدر الروم وخرقوا المعاهدة المفقودة * ومستند الاوزاعي في فتواه هذه هي الآية القرآنية التي تمنع مؤاخذه شخص بجريمة غيره : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » *

وقد نشأ حول تلك الأسس في قسم الحقوق الخارجية من الشريعة الاسلامية فقه تفصيلي واسع مبسوط في أبوابه الخاصة من كتب الفقه *

- ٢ -

المشكلات المعاصرة التي تواجهها الشريعة الاسلامية اليوم :

٢٣/١ - ان فريقا من الناشئة الاسلامية التي نشأت في جو ثقافي لا يتبع لها أن تعرف الحقائق والقابليات الواسعة في النظام القانوني من الشريعة يرون عدم امكان تطبيق الشريعة الاسلامية في العصر الحاضر ، لأن هناك مشكلات زمنية تترض سبيل هذا التطبيق ولا تسع الشريعة لحلها في نظرهم *

وسنعرض هنا نقاطا موجزة لهذه المشكلات والجواب عنها .

٢٤/٩ - المشكلة الاولى :

الصفة الدينية في الشريعة الاسلامية :

يتوهم فريق من علماء القانون الاجنبي (وانتقل هذا الوهم عنهم الى كثير من المسلمين) ان الشريعة الاسلامية احكام دينية ثابتة فهي اذن لا تقبل التطور المطلوب في القوانين الحديثة بحسب الاوضاع الزمنية والاقتصادية ، وهذا الوهم منشؤه عدم معرفة معنى الصفة الدينية في النظام القانوني من الشريعة . فان القسم المدني منها (كما تبين من موجز المبادئ التي عرضناها) انما تضمنت نصوصه الشرعية الأصلية في القرآن والحديث النبوي قواعد ومبادئ حقوقية ذات قيم عالمية ثابتة كمبدأ الرضائية وحسن النية في العقود ومبدأ المسؤولية عن الضرر وتمويضه ، الى غير ذلك مما تتبناه الشرائع الوضعية الحديثة اليوم .

فالصفة الدينية هي أن العقيدة الاسلامية توجب على المؤمنين احترام جميع الاحكام الفقهية التطبيقية التي تُفرع على تلك المبادئ فيؤدوا الحقوق التي توجبها ولو كانوا بمسكين عن تناول القضاء لأن اقامة العدل والمصالح من امر الله بقول القرآن : « ان الله يأمر بالعدل والاحسان » . ويشمل هذا الاحترام الانظمة الزمنية الموقوتة المتبدلة التي يعود لولي الامر القائم بالسلطة العليا حق اصدارها شرعا يمتنع في قاعدة المصالح المرسله التي سبقت الاشارة اليها . حتى ان فقهاءنا في المذهب الحنفي صرحوا بأنه اذا دعت الحاجة العامة والظروف الطارئة من اقتصادية أو غيرها الى أن يأمر السلطان الناس بصيام يوم مثلا فأمرهم وجب عليهم الصيام ديانة كصيام وفضلان ما دام ذلك تنظيما

لمصلحة فوّضه الشرع بتنظيمها • فالصفة الدينية في الفقه الاسلامي لا تنافي انه مؤسس على قواعد مدنية بحتة منتجة لفقه متطور كفيل بوفاء الحاجات العصرية وحل المشكلات النابتة في الطريق ، بل هذه الصفة الدينية دعامة وضمانة لاحترام المؤمنين الاحكام التشريعية كي لا يستيحيوا ما ليس لهم من حقوق الافراد أو حقوق الدولة متى فقدت وسائل الابتناء أو كانوا في مأمن من طائلة القضاء • فالصفة الدينية في الفقه الاسلامي مزينة فيه لا عيب • والاحترام الناشئ عنها للاحكام التشريعية تمناء اليسوم القوانين الوضعية المحضة فلا تجدده لأنفسها لأنه لا يأتي الا من طريق العقيدة •

٢٥/٩ المشكلة الثانية :

هي (في نظرم) بعض العقوبات المحددة شرعا (الحدود) كعقوبة الزاني بالجلد والسارق بقطع اليد • والجواب عن ذلك ان الحدود في الشريعة ولا سيما حد الزنى مشروطة بشرائط ضيقة جدا في اثباتها وتطبيقها تجعلها نادرة التطبيق فهي تسقط أو تبدل الى عقوبة تعزيز يقدرها القاضي بمجرد وجود شبهة لدى المجرم لقول الرسول (ادرؤوا الحدود بالنسبهات) •

ومن جهة اخرى يوجد في الشريعة باب واسع هو قاعدة الضرورات وما تسوغه شرعا من تدابير استثنائية موقوتة تشمل ترك الواجب وفعل المنوع عندما توجد ضرورات ملجئة •

وعقوبات الحدود على الجرائم الاجتماعية أربع فقط • اما ما سواها من عقوبات التعزير على جميع اصناف الجرائم فكله في نظام الاسلام مفوض الى الحكام بحسب مقتضيات الحال •

فإذا لوحظ ان تطبيق عقوبة الحدود الاربعة أصبح متعذراً في زمان أو مكان فمن الممكن تطبيق عقوبة اخرى ولا يوجب هذا ترك الشريعة أجمع . على ان عقوبة السارق بقطع اليد لا ينبغي أن تتصور منها عدداً من الايدي مقطوعا بعدد السارقين الذين يلوعون المجتمعات البشرية اليوم باستمرار ، بل ان يدا واحدة تكفي لمنع آلاف . وان مجرد اعلان العزم فقط على تطبيق هذه العقوبة في المملكة العربية السعودية اغنى عن تطبيقها فعلاً وانتج أمناً داخلياً مثالياً في العالم . ولزميلنا الدكتور صبحي المحمصاني ، وهو قاض جنائي في الاصل ، بحث قيم حول هذه العقوبة جلتى فيه حقائق في كتابه عن نظرية العقود والموجبات في الشريعة الاسلامية . وان يداً أثيمة ترويع المجتمع والمتاجر والبيوت باستمرار السرقة والسلب عن غير حاجة دافعة ، ولا تردعها عن التكرار العقوبات المطبقة اليوم ، خير للمجتمع أن يخسرها ويطمئن على ما هو أتمن ، ويفرض أنها ذهبت في حادث سيارة مثلاً .

٢٦/١ - المشكلة الثالثة :

نظام الفائدة في المعاملات التجارية وأعمال المصارف . فالاسلام يحرم الربا تحريماً قطعياً ويحارب به دون هوادة . والمعاملات التجارية والمصرفية اليوم كلها تقوم على أساس الفائدة التي هي ربا جزئي تحدد نسبته القوانين . فتطبيق النظرية الاسلامية في تحريم الربا يتنافى تنافياً ظاهراً مع نظام الفائدة .

والجواب : ان هذه المشكلة يمكن حلها في مبادئ الشريعة بطرق عديدة : اما بالاستناد الى قاعدة الضرورات أو الحاجات والتدابير الاستثنائية الموقوفة الى أن يقام في المجتمع الاسلامي نظام اقتصادي متجانس يرضي الناس عن الابتغاء الى نظام الفائدة ، واما بالرجوع الى

تحديد الحالة الربوية التي كان عليها العرب وجاءت الشريعة بمنعها
اذ كان المرابون يتحكمون كما يشاؤون بالفقير المحتاج الى القرض
لاقامة أود حياته • ومن هذه الدراسة وفي ضوءها يصرف عندئذ
ما يجوز وما يمتنع شرعاً من الشؤون المصرفية واعمال المصارف •
ولا ننسى أن تحريم الربا في الاسلام لا يمكن أن يجزم أحد بعدم صلاحه
لحياة اقتصادية عصرية ، فانا نرى الآن نظاماً اقتصادياً متطرفاً يهدد العالم
أجمع بقوته وهو يقوم على منع الرأسمالية والربا !

٢٧/١ - المشكلة الرابعة :

ان بعض الاوضاع القانونية اليوم يقوم على أساس وجود أوضاع
اقتصادية حديثة لم يكن لها نظير في الماضي الاقتصادي والفقه في
الحياة الاسلامية وذلك كالشركات القانونية المساهمة المغفلة اليوم
Anonymes وعقود التأمين Assurance وما فيها من أحكام هامة
نظمتها القوانين الى غير ذلك من الاوضاع الاخرى • والجواب على ذلك
ان المبادئ الحقوقية في الفقه الاسلامي ذات سعة ومرونة وقابلية
عجيبة للاستيعاب والتفريع • فالنصوص الاصلية لهذه الاحكام والمبادئ
في القرآن والحديث النبوي يمكن حصرها في بضع عشرات من
الصفحات وقد كانت سالحة وكافية لأن يتفرع عنها ويستمد منها خلال
المصور الاسلامية الاولى فقه عظيم كالبهر المحيط ، ومذاهب حقوقية
اجتهادية ، ونظريات مهمة فيها تكونت منها مكتبة فقهية في الاسلام بلغت
آلاف المجلدات ، وكل حكم فيها مقرون بدليله من تلك النصوص
بطريق الشمول أو قياس الحوادث الجديدة على الحوادث التي تناولها
النص ، أو بطريق الاستحسان أو الاستصلاح •

فكل الأوضاع الاقتصادية اليوم يمكن تخريج احكام جديدة لها

على أسس الفقه الاسلامي ونظرياته كما فعل الفقهاء السابقون • وتلك الاحكام الجديدة بعد تخريجها وبنائها على قواعد الفقه الاسلامي تلحق به وتصبح جزءاً منه ، وتصبح نظرياته مرجعاً للاجتihad القضائي والتفسير القانوني فيها بالطريقة التي تضمن بها الفقه الاسلامي نفسه •

وأخيراً في مصر قام فريق من كبار القانونيين وفقهاء الشريعة عند وضع القانون المدني المصري الجديد الذي هو قانون أجنبي الاصول ، فدعوا الى استمداده من فقه الشريعة الاسلامية بمختلف مذاهبها ، وصاغوا نظرية العقود الواردة فيه كلها صياغة جديدة تتضمن الاحكام القانونية نفسها مستمدة من مذاهب الفقه الاسلامي مع احالة كل مادة على المرجع الفقهي الذي استمدت منه ، فبرهنوا بذلك على امكان انشاء أحدث القوانين العصرية من الفقه الاسلامي •

الفصل الثاني

معنى الفقه ، وأقسام أحكامه

المعنى الاول للفقه - الاسام احكامه -
المعنى الثاني للفقه - الفقه الاسلامي
نظام روحي ومدني - فكرة الحلال
والعصرام فيه - حكم القضاء وحكم
الديانة •

٢ - معنى الفقه الاسلامي :

الفقه الاسلامي مضيان :

أ - فالفقه بالمعنى الاول هو : العلم بالاحكام الشرعية العملية مع
أدلتها ، (المجلة / ١) أي معرفة الانسان بها معرفة تفصيلية مستمدة من
أدلتها ، فيكون الفقه صفة علمية للانسان يعتبر بها فقيهاً •

والمراد من (الاحكام) كل ما يصدره الشارع للناس من أوامر
ونظم عملية تنظم حياتهم الاجتماعية وعلاقاتهم بعضهم ببعض فيها ، وتحدد
نتائج أعمالهم وتصرفاتهم • وذلك مثل كون الفاضب ضامناً للمفصوب اذا
هلك ؛ وكون الامين - كالوديع مثلاً - لا يضمن الا اذا تعدى على الامانة
أو قصر في حفظها •

والمراد من (الشرعية) الاستفادة من أمر الشارع صراحة أو دلالة .
وانتقيد بوصف (العملية) لاجراج المسائل الاعتقادية من أصول
الايمان وفروعه فانها موضوع علم آخر .

ب - وكما أطلق الفقه أولاً على المعرفة بالاحكام الشرعية ، أطلق
أيضاً بعد ذلك على تلك الاحكام نفسها . وهذا هو المراد في نحو قولك :
درست الفقه الاسلامي .

وعلى هذا يعرف الفقه بأنه : مجموعة الاحكام العملية المشروعة في
الاسلام .

وتعلم مشروعيتها بطريق النص الصريح في القرآن ، أو بيان الرسول
صلى الله عليه وسلم وسنته ، أو بطريق اجماع علماء المسلمين ، أو باستنباط
الفقهاء المجتهدين سابقاً ولاحقاً من دلائل نصوص القرآن ، والسنة النبوية ،
وقواعد الشريعة ومقاصدها .

٢/٣ - اقسام الاحكام الفقهية :

وهذه الاحكام الفقهية تنقسم الى سبع زمر :

١ - الاحكام المتعلقة بعبادة الله تعالى من صلاة وصيام وغيرهما ،
وتسمى : العبادات .

٢ - الاحكام المتعلقة بالأسرة من نكاح وطلاق ونسب ونفقة
الخ ... ، وتسمى بلفظة اليوم : الاحوال الشخصية .

٣ - الاحكام المتعلقة بأفعال الناس وتعاملهم بعضهم مع بعض في
الاموال والحقوق ، وفصل منازعاتهم ، وتسمى : المعاملات .

٤ - الاحكام المتعلقة بسلطان الحاكم على الرعية ، وبحقوق والواجبات المتقابلة بينهما ، ويسميا بعض الفقهاء : الاحكام السلطانية ، وهي من قبيل ما يسمى : السياسة الشرعية •

وهذه الزمرة تؤلف نوعين متميزين من الحقوق في الاصطلاح القانوني الحديث : الحقوق الادارية ، والحقوق الدستورية •

٥ - الاحكام المتعلقة بمقاب المجرمين وضبط النظام الداخلي بين الناس ، وتسمى : العقوبات •

٦ - الاحكام التي تنظم علاقة الدولة الاسلامية بالدول الأخرى •

وتؤلف نظام السلم والحرب ، وتسمى : السير (بكسر ففتح) جمع سيره ، وتسمى في الاصطلاح القانوني : الحقوق الدولية •

٧ - الاحكام المتعلقة بالاخلاق والحشمة والمحاسن والمساوىء ، وتسمى : الآداب •

والقانون المدني يتكون عادة من أحكام الزمرتين الثانية والثالثة ولكن مجلة الاحكام الشرعية لدينا جاءت مقصورة على الزمرة الثالثة أي قسم المعاملات فقط •

٨ - مما تقدم يتضح أن الفقه الاسلامي هو نظام روحي ومدني معاً ، لأن الشرع الاسلامي جاء ناظماً لامور الدين والدنيا •

ومن هنا افرق الفقه الاسلامي حتى في القسم المدني منه - وهو المعاملات - عن القوانين المدنية الوضعية (أي التي ليس لها صفة دينية ، بل هي من وضع الامم لنفسها) :

ففي تلك اقلواتين الوضعية لا محل لفكرة الحلال والحرام ولا عبرة
لبواطن الامور ، بل العبرة للظواهر والصور ؛ فما أمكن منه القانون
وقضت به الاحكام كن حقاً سائماً ، وما لم يمكن منه فليس بحق .

أما الفقه الاسلامي فللاعتبار الديني في مبناه كانت فكرة الحلال
والحرام فيه رقيقاً باطنياً ترافق الانسان وتنادي به في كل عمل .

والعبرة في تعلق الحقوق للحقائق وان كان انقضاء يجري ضرورة
على الظاهر .

فاذا قضى لاسان بحق بناء على سبب ظاهر وكان في الواقع غير
محق : كما لو كان الشهود كذبة ، أو كان المقضي له يستند الى وثيقة .
قد قبض في الواقع بملفها أو ابرأ المدين منه ، أو قضى له برد دعوى
خصمه بسبب التقادم ، أي مرور الزمان على الحق المدعى به ، وكان
الحق لا يزال في ذمته ، فان القضاء على أمثال ذلك - وان اعتبر نافذاً
من الوجهة المدنية عملاً بالظاهر ضرورة - لا يحل حراماً ولا يحرم
حلالاً ، لأن الحل والحرمة يجب أن يكونا مستدين الى سبب صحيح
في نظر الشرع وفقهه .

والاصل في ذلك قول النبي عليه الصلاة والسلام :

انما أنا بشر ، وانكم لتختصمون الي ، وعسى أن يكون بضعكم
ألحن بحجته من الآخر ، فاقضي له على نحو ما اسمع ؛ فمن قضيت له
بشيء من حق أخيه فانما اقطع له قطعة من النار فليأخذها أو ليركها^(١) .

(١) روي هذا الحديث في صحيح البخاري ومسلم وغيرهما بالفاظ
مختلفة متقاربة .

ومعنى « ألحن بحجته » : افطن واحسن بياناً لها (ر : العزيزي على
الجامع الصغير ، والنهاية لابن الاثير) .

فالقضاء في مثل هذا متى استوفى شرائطه وبذل القاضي جهده هو قضاء حق ، لكن المقضي به ليس بحق ، وتبعته الدينية على المقضي له المبطّل .

٤ - حكم القضاء وحكم الديانة :

وعن هذا كانت أحكام المعاملات في الفقه الاسلامي ذات اعتبارين : اعتبار قضائي ، واعتبار ديني .

فالقضاء يحاكم العمل أو الحق بحسب الظاهر ، أما الديانة فانما تحكم بحسب الحقيقة والواقع . فالامر أو العمل الواحد قد يختلف حكمه في القضاء عنه في الديانة .

فمن طلق زوجته مخطئاً بأن جرى على لسانه لفظ الطلاق غير قاصد اليه ، بل الى لفظ آخر ، يعتبر الطلاق منه واقعاً قضاء ، أي يقضي القاضي بوقوعه عملاً بالظاهر ، ولكنه لا يقع ديانة ، فيفتيه المفتي بجواز بقائه مع امرأته فتوى معلقة على ذمته في زعم الخطأ .

وكذلك لو أبرأ أحد مدينه ولم يخبره ، ثم ادعى عليه بالدين وكنتم ابراء وقضي له به ، فان له التنفيذ والاستيفاء قضاء لا ديانة .

وبناء على ذلك اختلفت في الاوضاع والترتيبات الشرعية مهمة القضاء عن مهمة الافتاء ، أي وظيفة القاضي عن وظيفة المفتي :

فالقاضي يجري على الاعتبار القضائي للاعمال والاحكام ، ولا ينظر الى الاعتبار الديني .

أما المفتي فيبحث عن الواقع وينظر الى الاعتبارين ، فان اختلف اتجاههما أفتى الانسان بالاعتبار الديني .

ومن ثم يذكر الفقهاء في كثير من المسائل التي يصورونها ان الحكم فيها قضاء كذا ، وديانة بعكسه ؛ كمن كان له دين جحده المدين وعجز الدائن عن اثباته أمام القضاء ثم ظفر بمل للمدين : فان الديانة تقر للدائن أن يأخذ منه قدر حقه دون اذن المدين أو علمه . ولكن لو وصل الامر الى القضاء لا يقر له هذا الاخذ لعدم اثبات حقه .

(ر : فـ / ١٠٨ / الحاشية الاخيرة ، ورد المختار في كتاب القضاء ٣١٥ / ٤ وفي كتاب المحجر ٩٥ / ٥ وفي الحظر والاباحة ٢٧١ / ٥) .
وبهذه المناسبة نقول : ان الوازع الديني في صيانة الحقوق مهما ابتعدت عنه الامم في نزعتها المادية بنظامها الاجتماعي اليوم فقد اضطرت اليه في تشريعها القانوني الوضي المحض ، وبنت عليه نواحي من قضائها لم تستطع فيها الا الالتجاء الى الضمانة الدينية والوجدان الروحي .

ويتجلى ذلك في تحليفهم الخصم اليمين عند عجز المدعي عن اثبات دعواه ، وعند تذرع المدعى عليه وتمسكه بالتقادم التجاري القصير على سند مالي تجاري يدعى عليه به .

★ ★ ★

الباب الثاني

مصادر الفقه الاسلامي

الفصل الأول

المصادر الاساسية

الكتاب - السنة - الاجماع - القياس

٥ - رأينا في صدر الباب الاول السابق (ف/١) أن الفقه الاسلامي تكون أحكام مسأله مستندة : اما الى النص الصريح في القرآن أو في السنة النبوية ؛ واما الى اجماع العلماء ، واما الى استنباط المجتهدين من دلائل النصوص وقواعد الشريعة •

ومن هنا عد العلماء مصادر الفقه ، أي منابعه التي يستقي منها ، أربعة هي : الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والقياس •

١ - الكتاب

٦ - فاما الكتاب ، وهو القرآن ، فانه هو الاصل في التشريع

الاسلامي ؟ فقد بينت فيه أسس الشريعة وأوضحت معالمها في العقائد
تفصيلا ، وفي العبادات والحقوق اجمالا .

وهو في الشريعة الاسلامية كال دستور في الشرائع الوضعية لدى
الامم ؛ وهو القدوة للنبي نفسه صلى الله عليه وسلم فمن بعده ولذا كان
هو المصدر التشريعي الاصلي .

غير ان الكتاب بصفته الدستورية انما يتناول بيان الاحكام بالنص
الاجمالي ولا يتصدى للجزئيات وتفصيل الكيفيات الا قليلا ، لأن
هذا التفصيل يطول به ويخرجه عن أغراضه القرآنية الاخرى من البلاغة
وغيرها .

فقد ورد فيه الامر مثلا بالصلاة والزكاة مجعلا ، ولم يفصل فيهما
كيفية ولا مقادير ، بل فصلتهما السنة بقول الرسول عليه السلام وفعله .

وكذلك أمر القرآن بالوفاء بالعقود ، ونص على حل البيع وحرمة
الربا اجمالا ، ولكن لم يبين ما هي العقود والمهور الصحيحة المحللة
التي يجب الوفاء بها ، وما الباطلة أو الفاسدة التي ليست محللا للوفاء ؟
فتكلفت السنة أيضاً ببيان أسس هذا التمييز .

على أن القرآن قد تناول تفصيل جزئيات الاحكام في بعض المواضع
أو المواضيع : كما في الموارث ، وكيفية اللعان بين الزوجين ، وبعض
الحدود العقابية ، والنسأ المحارم في التكاس .

ولهذا الاجمال في نصوص القرآن مزية هامة أخرى بالنسبة الى
أحكام المعاملات المدنية ، والنظم السياسية والاجتماعية ، فانه يساعد
على فهم تلك النصوص المجعلة وتطبيقها بصورة مختلفة يحتملها النص ،

فيكون باتساعه قابلاً لمجاراة المصالح الزمنية ، وتنزيل حكمه على مقتضياتها
بما لا يخرج عن أسس الشريعة ومقاصدها •

وذلك كما ورد في القرآن من النص على الشورى السياسية دون
تعيين شكل خاص لها ، فكانت شاملة لكل نظام حكومي يجتنب فيه
الاستبداد ، ويتحقق فيه تشاور واحترام صحيح لرأي أولي الرأي
والعلم في الأمة ، سواء أكان نظاماً جمهورياً ، أو نظام خلافة دستورية ،
أو غير ذلك مما لا استئثار فيه لفرد أو لفئة ، بحسب ما تمليه المصلحة
العامة •

وكذلك أوجب القرآن إقامة العدل وإحقاق الحق بين الناس
بنصوص عامة كثيرة ، ولم يحدد طريقة القضاء الذي هو الاداة لذلك ،
فمن حيث العدد يمكن أن تكون المحاكم محاكم فرد أو محاكم جماعة ،
ومن حيث الدرجة يمكن أن يكون القضاء على درجة واحدة أو على عدة
درجات (ر : ٢/٢٩) •

وعلى كل ، بهذا الاجمال في نصوص الكتاب كانت هذه النصوص
محتاجة الى البيان بالسنة النبوية ليتمكن تطبيقها في الكيفيات والكميات ،
ولتعرف حدودها في الشمول والاقتصار ، وتنزل عليها جزئيات الحوادث
والاعمال •

اذلك جاء في القرآن احوالة عامة على السنة النبوية في هذه
التفصيلات بقوله تعالى : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه
فانتهاوا » •

ومن لم كانت السنة مفتاح الكتاب •

ب - السنة

٧ - يطلق لفظ (السنة) على ما جاء منقولا عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير^(١) . وهي بهذا المعنى مرادفة للفظ « الحديث » .

وقد تطلق على معنى الواقع العملي في تطبيقات الشريعة في عصر النبوة ، أي الحالة التي جرى عليها التعامل الاسلامي في ذلك العصر الاول^(٢) .

والفرق بين المصنفين في النتيجة أنه قد ينقل عن الرسول عليه الصلاة والسلام حديث لفظي ، ولكن يثبت للعلماء تاريخاً أن عمل الناس في عصر النبوة أو في امتداد زمن الخلفاء الراشدين كان جارياً على خلاف مدلول ذلك الحديث المنقول ؟ فيقال عندئذ : جاء في الحديث (كذا) ولكن السنة على (كذا) .

وفي هذه الحال اذا كان كل من الحديث والسنة صحيح الثبوت يلجأ العلماء الى التوفيق بين الحديث والسنة ان أمكن ، أو الى ترجيح أحدهما بأسباب مرجحة ان لم يمكن التوفيق ، كما اذا تعارض حديثان

(١) المراد من التقرير أن يفعل امام النبي صلى الله عليه وسلم فعل فيقره ولا ينهي فاعله .

(٢) وعلى هذا المعنى يقع مثل قول عبد الرحمن بن مهدي ، وقد سئل عن سفيان الثوري والاوزاعي ومالك : « سفيان امام في الحديث وليس امام في السنة ، والاوزاعي امام في السنة وليس امام في الحديث ، ومالك امام فيهما جميعاً » ر : شرح موطأ مالك للزرقاني ، ومقدمة « تنوير السالك » شرح الموطأ أيضاً فليسوطي ، وكتاب « نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي » للاستاذ علي حسن عبد القادر ص/ ١١٦ .

من قول الرسول صحيحا الثبوت ، فانهما يعتبر أحدهما ناسخاً للآخر ،
فيبحث عن الناسخ والمنسوخ منهما •

والسنة تلي الكتاب رتبة في مصدرية التشريع ، من حيث ان بها بيان
مجمله ، وايضاح مشكله ، وتقيد مطلقه ، وتدارك ما لم يذكر فيه •

فالسنة مصدر تشريعي مستقل من جهة ، لأنها قد يرد فيها من
الاحكام ما لم يرد في القرآن ، كميثاق الجدة ، فقد ثبت أن النبي
صلى الله عليه وسلم حكم بتوريث جدة المتوفى سدس المال • ولكن السنة
من جهة أخرى يلحظ فيها معنى التبعة للقرآن ، لأنها ، علاوة على كونها
بيانا وايضاحا له ، لا تخرج عن مبادئ وقواعده العامة حتى فيما تقرره
من الاحكام التي لم يرد ذكرها في القرآن • فمرجع السنة في الحقيقة الى
نصوص القرآن وقواعده العامة •

والسنة بصورة عامة ضرورية لفهم الكتاب لا يمكن أن يستغنى
عنها في فهمه وتطبيقه ، وان كان فيها ما لا يتوقف عليه فهم الكتاب
هذا التوقف •

هذا ، وبعد أن أصبحت السنة تنقل نقلا بالرواية ، لانقضاء عصر
الرسالة ، وانقطاع مشافهة الرسول بوفاته عليه السلام ، لا يقبل منها
في تشريع الاحكام الفقهية الا ما كان صحيح الثبوت بشرائط معينة
شديدة •

وقد تكفل علماء السنة بتمييز مراتب الاحاديث النبوية في الثبوت •

ج - الاجماع

٨ - الاجماع هو اتفاق الفقهاء المجتهدين في عصر على حكم •

ولا فرق بين أن يكون هؤلاء المتفقون من فقهاء صحابة الرسول عليه السلام بعد وفاته ، أو من الطبقات التي جاءت بعدهم •

والاجماع حجة قوية في اثبات الاحكام الفقهية ، ومصدر يلي السنة في الرتبة •

ودليل اعتباره في هذه المكانة من مصدرية التشريع مجموعة آيات وأحاديث تدل على اعتبار اجماع الكلمة من أهل العلم والرأي حجة •

فمن تلك الأدلة على اعتبار الاجماع قوله عليه السلام : « لا تجتمع أمتي على الضلالة » وفي معناه أحاديث كثيرة • فتضافرها بعضها مع بعض ومع الآيات القرآنية التي تأمر بلزوم الجماعة وعدم الانشقاق عنها ، تؤلف دليلاً كافياً على حجية الاجماع في اثبات الاحكام •

والاجماع في ذاته إذا اتفق على حكم لا بد أن يكون مستنداً الى دليل فيه ، وإن لم ينقل الدليل معه ، إذ لا يقل أن تجتمع كلمة علماء الأمة الموثوق بهم تشهياً بلا دليل شرعي •

ولذلك كان الاجماع إذا أراد المتأخرون معرفته انما يبحثون عن وجوده وصحة نقله لا عن دليله إذ لو وجب البحث عن دليله لكانت البرة للدليل لا للاجماع ، بينما هو في ذاته حجة •

والخلاصة أنه لا يخلو الاجماع عن دليل يستند اليه ، ولكن لا يجب لاعتباره أن يكون دليله متقولاً معه ومعروفاً •

ومن أمثلة ثبوت الحكم بالاجماع ميراث المجد مع الابن فيما لو توفي شخص عن ابن وعن جد ، فإن المجد عند عدم الاب يحل محل الاب

في الارث ، فيرث - مع وجود ابن المتوفى - سدس المال كالأب ، ثبت ذلك
باجماع الصحابة •

• وكذا حجب بني الاعيان والعلات ذكوراً وانثاءً بالأب^(١) •

• وكذا صحة عقد الاستصناع ، فقد اتفق عليها الاجماع^(٢) •

٩ - والاجماع نوعان : قولي وسكوتي •

- فالقولي يكون بتداول الرأي واتفاق صريح من العلماء •

- والسكوتي يكون بأن يفتي أحدهم بحكم مع علم بقية علماء العصر ،
فلا تعرف من أحدهم مخالفة ولا تأييد •

والاول قولي هو الحجة المسلمة ، أما الثاني السكوتي فمختلف
جداً في اعتباره ، وفي درجة هذا الاعتبار وشرائطه •

وقد كان الاجماع في العصر الاول سهل الحصول لأن عمر في
خلافته منع الصحابة أن يخرجوا من المدينة لتمكنه مشاورتهم فيما

(١) ر : « أصول الفقه » للبخاري ، ص (٤٠٤) ، وشرح السراجية
للسيد الجرجاني باب مقاسمة الجدة •

• وبني الاعيان هم الاخوة والاخوات لأب وأم •

• وبني العلات (بفتح العين وتمشيد اللام) هم الاخوة والاخوات لأب •

• وبني الاخياف الاخوة والاخوات لأم •

(٢) الاستصناع شراء ما سيصنع قبل صنعه • والقواعد تأباه لأنه
بيع المعلوم ، ولكن وقع الاجماع على صحته للحاجة اليه (ر : أصول فخر
الاسلام البزدوي أول باب الاستصناع) •

يحدث من أمور العلم أو السياسة ، ولكنهم تفرقوا بعد ذلك أو آخر خلافة عثمان في الامصار^(١) ، ونشأ على أيديهم علماء وفقهاء في أماكن متباعدة في الحجاز واليمن ومصر والعراق والشام وغيرها ؛ فلم يمكن بعد ذلك تحقق اجماع من المجتهدين لانقطاع امكان الشورى العلمية العامة ، ولأن اتفاق علماء بلد واحد على حكم لا يعتبر اجماعاً .

لذلك كانت كل المسائل المستندة الى الاجماع وحده انما يرجع تاريخها الى عصر الخلفاء الراشدين أو الصدر الاول منه .

د - القياس

١٠ - القياس هو : الحاق أمر بآخر في الحكم الشرعي لاتحاد بينهما في العلة .

والقياس يأتي في المرتبة الرابعة بعد الكتاب والسنة والاجماع من حيث حجتيه في اثبات الاحكام الفقهية ، ولكنه أعظم أثراً من الاجماع في كثرة ما يرجع اليه من أحكام الفقه ، لأن مسائل الاجماع محصورة ولم تنأ فيها زيادة ، لانصراف علماء المسلمين في مختلف الاقطار من مبدأ الشورى العلمية العامة ، ولتعذر تحقيقه بمعناه الكامل فيما بعد العصر الاول كما أوضحناه . أما القياس فلا يشترط فيه اتفاق كلمة العلماء ، بل كل مجتهد يقيس بنظره الخاص في كل حادثة لا نص عليها في الكتاب أو السنة ، ولا اجماع عليها .

ولا يخفى أن نصوص الكتاب والسنة محدودة متناهية ، والحوادث

(١) ر : كتاب « تاريخ التشريع الاسلامي » للإستاذة السبكي والسايس والبربري المدرسين في كلية الشريعة الاسلامية بالازهر ، (ص ٩٦ و ١٢٧) .

الواقعة والمتوقعة غير متناهية • فلا سبيل الى اعطاء الحوادث والمعاملات
المجديدة منازلها وأحكامها في فقه الشريعة الا عن طريق الاجتهاد بالرأي
الذي رأسه القياس^(١) •

فالقياص أغزر المصادر الفقهية في إثبات الاحكام الفرعية للحوادث •

وقد جاء في كتاب عمر بن الخطاب الى أبو موسى الاشعري (ر ص)
يرشده الى أصول القضاء وطريقته المثل :

« الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله ، ولا
سنة النبي صلى الله عليه وسلم • ثم أعرف الاشياء والأمثال ، فقس
الامور عند ذلك بنظائرها • واعمد الى أقربها الى الله وأشبهها
بالحق^(٢) » •

(١) يقول الشهرستاني في كتابه « الملل والنحل » :

« ان الحوادث والوقائع في المبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر
والعد • ونعلم قطعاً انه لم يرد في كل حادثة نص ، ولا يتصور ذلك أيضاً •
والنصوص اذا كانت متناهية ، والوقائع غير متناهية ، وما لا يتناهى
لا يضبطه ما يتناهى ، علم قطعاً ان الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار ، حتى
يكون بصدد كل حادثة اجتهاد » ١ ه •

(الملل والنحل للشهرستاني ، أول بحث الاختلاف في الاحكام الشرعية
الاجتهادية) •

(٢) هذا الكتاب أرسل به عمر الى أبي موسى بعد ما ولاه • وهو يعد
في نظر العلماء دستوراً عظيماً في سياسة القضاء وفقهه •

وقد رأينا أن نشبعه هنا بنصه ، لأننا قد نحتاج الى الاستشهاد به في
مناسبات أخرى ، وهو :

« بسم الله الرحمن الرحيم : من عبد الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين
الى عبد الله بن قيس :

وقد كفن من أسلوب التصوص اليهودية في الكتاب والسنة أن تنص
غالباً على علل الأحكام الواردة فيها ، والنأياب الشرعية العامة

سلام عليك • أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة •

★ فانهم اذا أدلى اليك ، وأنفذ اذا تبين لك ، فانه لا ينفع تكلم بحق
لا نفاذ له •

★ آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطع شريف
في حيفك ، ولا يياس ضعيف من عدلك •

★ البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر •

★ وأصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً •

★ ولا يمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه عقلك ، وهديت فيه
لرشدك ، أن ترجع الى الحق ، فان الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من
التماذي في الباطل •

★ انهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله ، ولا سنة
النبي صلى الله عليه وسلم • ثم اعرف الاشياء والامثال ، فقس الامور
عند ذلك بنظائرها ، وأعمد الى أقربها الى الله ، وأشبهها بالحق •

★ واجعل لمن ادعى حقاً غالباً أو بينة ، أمدأ ينتهي اليه ، فان احضر
بينته أخنت له بحقه ، والا استحللت عليه القضية ، فان ذلك أنفى للشك ،
وأجلى للعسى ، وأبلغ في العذر •

★ المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلوداً في حد ، أو مجرباً
عليه شهادة زور ، أو ظنيماً في ولاء أو نسب • فان الله قد تولى منكم
السرائر ، ودرأ بالبينات والإيمان •

★ وإياك والفلق والضجر والتأذن بالخصوم والتنكر عند الخصومات ،
فان الحق في مواطن الحق يعظم الله به الاجر ويحسن به النحر •

★ فمن صحت نيته ، وأقبل على نفسه ، كفاه الله ما بينه وبين الناس •
ومن تخلق للناس بما يعلم الله ليس من نفسه شأله الله • فما ظنك بثواب
عند الله عز وجل في عاجل رزقه ، وغزائن رحمته ، والسلام •

المقصودة منها ، ليتمكن تطبيق أمثالها واشباهها عليها في كل زمن •
ونصوص الكتاب معظمها كلي عام اجمالي كما رأينا^(١) ، فافتتح بذلك
طريق لقياس غير المنصوص على ما هو منصوص ، واعطائه حكمه عند
اتحاد الطلة أو السبب فيهما •

١١ - امثلة القياس :

ان وقائع القياس في فقه الشريعة الاسلامية لا يمكن حصرها ، فان

(ر : جبهة رسائل العرب ، للاستاذ احمد زكي صفوة ج ١ ص / ٢٥٢ /
رقم الرسالة / ٢١٤ / • واعلام الموقعين لابن القيم ج ص / ٩٩ / ، والكامل
للمبرد ج ١ ص / ٩ / ، والبيان والتنبيه بشرح السندوبي الطبعة الثانية
ج ٢ ص / ٣٧ •)

وقد تولى ابن القيم شرحه باسهاب في مواطن عديدة من « اعلام
الموقعين » (ج ١ ص / ١٠٠ / و ج ٢ ص / ٢٨٤ - ٢٩٠ •)

وقال ابن القيم بعدما نقل نص هذا الكتاب : « وهذا الكتاب جليل
تلقاه العلماء بالقبول ، وبنوا عليه اصول الحكم والشهادة • والحاكم والمفتي
أحوج شيء اليه والى تأمله والتفقه فيه » •

شرح بعض الافعال في كتاب عمر :

اذا ادلي اليك : من الأدلاء بالحجة ، وهو اقامة الدليل •
وانفذ : من الانفاذ ، أي سدد القضاء واجبه نافذاً • أي اتبع
القضاء بالتنفيذ حتي يصل صاحب الحق الى حقه •
أس : أمر بالمسارعة ، أي اجعل بعضهم أسوة ببعض بلا تمييز •
تلجلج : تردد واشكل •
درا : دفع ومنع ، وفي الحديث النبوي : ادراوا الحدود
بالشبهات •
القلق : يفتحتين ، ضيق الصبر من غضب ونحوه •

(١) - ر : كتاب تاريخ التشريع الاسلامي للاستاذة السبكي والسايس
والبربري ، ص / ٦ / •

منها يتكون الجانب الاعظم من الفقه ، ولا يزال القياس يعمل باستمرار في كل حادثة جديدة في نوعها لا نصل عليها •

غير أننا نضرب للايضاح الامثلة التالية :

١ - ورد في الشريعة الاسلامية نصوص وأحكام بشأن وصي اليتيم عينت وضعه الحقوقي ومسؤوليته وصلاحيته ، ففاس الفقهاء على أحكام الوصي أحكام متولي الوقف للشبه المستحكم بين الوظيفتين ، كما قاسوا كثيرا من أحكام الوقف نفسه على أحكام الوصية • فقررروا حجب الانسان عن أن يقف في مرض موته أكثر من ثلث ماله الا باجارة الورثة ، فياسا على هذا الحجب انذي ورد في الشريعة بشأن الوصية لان كليهما تبرع ؟ حتى قال الفقهاء : ان معظم أحكام الوقف تستقي من الوصية •

٢ - ورد في الشريعة نصوص كثيرة في أحكام البيع أكثر مما ورد بشأن الاجارة ، ففاس الفقهاء كثيرا من أحكام الاجارة على أحكام البيع لانها في معناه ، اذ هي في الحقيقة بيع النافع •

٣ - ورد في الشريعة نصوص تجيز الوكالة الخاصة بشأن مخصوص وثبت لها أحكاما معينة معروفة • ففاس فقهاء الحنفية عليها الوكالة العامة في الجواز والاحكام ، ولم يروا بأساً بعدم تعيين الاعمال الموكل بها وجهاتها عند العقد في هذه الوكالة العامة ، لان العموم يجعل المنجهول كالعلوم ويحسم النزاع بخلاف الوكالة الخاصة اذا جهل موضوعها ، كمن قال لآخر : وكلتك في بعض أعمالتي ، فانها غير جائزة باتفاق الفقهاء •

٤ - وكذلك قاسوا أيضا على عقد التوكيل اجارة الانسان تصرفا

في بعض حقوقه صدر من آخر فضولا عنه دون سابق توكيل منه ،
فقرروا : أن الإجازة اللاحقة تعتبر كالوكالة السابقة ، فيصبح بهذه
الإجازة تصرف الفضولي^(١) نافذاً على المجيز كممثل الوكيل بمقتضى
وكالة سابقة •

٥ - ثبت في أحكام الشريعة أن إلجاء مجبر على القيام بما
استؤجر عليه •

فقال الفقهاء عليه حكم الوكيل بالاجرة ، فاعتبروه مجبراً على القيام
بما وكل به ، لأنه بتقاضيه الأجرة أصبح كالاجير ، وإن كانت الوكالة في
الاصل عقداً غير لازم ، أي لا يوجب الزام الوكيل بالعمل •

٦ - ثبت بخصوص الشريعة أن من غصب شيئاً وجب عليه رد عينه
ما دام قائماً عنده ، فإن تلف المصوب يضمن الغاصب للمالك مثله أو قيمته ،
ويتنقل حق المالك الى هذا التضمن عوضاً عن الاصل الهالك ؛ وذلك
بقوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه »^(٢) •

فقال فقهاء الحنفية على هلاك المصوب ما لو أحدث فيه الغاصب
تغييراً يحدث له به اسم جديد ، كما لو غصب قطعة فولاذ فصنعها
سيفاً ، أو طحن الحنطة المفصوبة حتى صارت دقيقاً ، فاعتبروا هذا التغيير
كالاستهلاك ، اذ قد تغير به الاسم فأصبح شيئاً آخر ؛ فقالوا أن حق
المالك حينئذ ينقطع من عين المصوب ، ويتنقل حقه الى تضمين الغاصب ،
كحكم الائلاف المقيس عليه •

٧ - ورد في الحديث النبوي بشأن التوكيل في عقد النكاح أن النبي

(١) - لمعرفة معنى الفضولي أنظر ما سيأتي (ف ٣/١٩٤ سابقاً) •

(٢) ر : ف/٤٧ ب •

عليه السلام قال عن الفتاة البكر البالغة « اذنها صماتها(١) » . . أي انها اذا استأذنها وليها بمقد نكاحها فسكتت يعتبر سكوتها توكيلاً ، بمقتضى الدلالة العرفية ، لأنها ينلب عليها في هذا المقام الخجل عادة .

فقال الفقهاء عليه ما لو زوجها وليها ففسولا دون استثمارها - أي استئذانها - ثم بلغها الخبر فسكتت ، فاعتبر الفقهاء سكوتها بمد المقد اجازة منها دلالة عرفية ، كما اعتبر سكوتها عند استثمارها اذناً منها .

٨ - ثبت في السنة تجويز اشتراط الخيار للمشتري في عقد البيع ، أي اشتراط حق الفسخ أو الإبرام خلال مدة معينة ، ويسمى : خيار الشرط ، لأن المشتري قد يحتاج الى التروي خشية القبن ، فقد شكأ أحد الصحابة ، وهو حبان بن منقذ ، الى النبي عليه السلام أنه كثيراً ما يغبن في البياعات ، فأرشدته الى اشتراط الخيار بقوله : « اذا اشتريت فقل لا خلافة(٢) » ، ولي الخيار ثلاثة أيام ، .

فقال عليه الفقهاء جواز اشتراط الخيار المذكور للبائع أيضاً لان حاجته الى ذلك كحاجة المشتري .

وقالوا أيضاً على أصل خيار الشرط في الجواز حالة أخرى سموها : خيار النقد ، وهو أن يشترط البائع على المشتري المستعمل في دفع الثمن أنه ان لم يحضر الثمن خلال مدة معينة فلا بيع بينهما ، وذلك خوفاً من أن يغيب المشتري طويلاً ويتأخر في الدفع ، وقد أصبح المبيع ملكاً له بالمقد لا يستطيع البائع التصرف فيه ، فيضرر البائع

(١) الصمات ، بالضم : الصمت والسكوت .

(٢) الخلافة ، بالكسر : الخدمة .

ويبقى معلقاً تحت رحمة المبتدري • فهذا الشرط يحتاج لنفسه •
ووجه قياسه على خيار الشرط أن في كليهما شرطاً يقتضي فسخ البيع
بعد انعقاده دفماً لحاجة مشروعة • (ر : الدر شرح الغرد
١٥٢/٢) •

هذه أمثلة قليلة ضربناها للتوضيح تمد غيضاً من فيض من وقائع
القياس في الفقه الاسلامي ، فان معظم الاحكام الفقهية في النوازل الجديدة
انما ثبت ويثبت بطريق القياس •

١٢ - مما تقدم يتضح ما للقياس من شأن عظيم في اثبات الاحكام
واستنباطها ، فهو طريق ضروري هام لتوسيع دائرة النصوص المحدودة
حتى تشمل ما لا يتناهى من الحوادث الجديدة •

ولا يغني عن القياس العموم في عبارة النص الصام لأن النص العام
انما يشمل عموميه جميع الافراد الداخلة في مفهومه فقط • أما القياس
فانه يجعل النصوص - حتى الخاصة منها - شاملة لما لا يدخل في مفهومها
من أنواع الحوادث وأفرادها ، وذلك بطريق الالحاق للتشابه في الملة ،
فيضيف الى مجموعة النصوص التشريعية الاصلية نصوصاً فقهية للعلماء
المستنبطين لا تقف عند حد ، وهي قائمة على أسس تلك النصوص الاصلية
وقواعدها •

ثم ان تلك الاحكام الشرعية التي تثبت بطريق الاستنباط والقياس
تصبح أصولاً للقياس يقاس عليها غيرها مما يشابهها في الملل ، وهكذا الى
ملا نهاية • وهذا من سر سعة الفقه الاسلامي الشاملة لما كان وما يكون
من الحوادث •

على أن هناك جماعة من فقهاء بعض المذاهب لم يقبلوا طريقة القياس

واعتمدوا على ظواهر النصوص فقط ، فسموا « الظاهرية » ، ولم يكن
لذهبيهم هذا حياة ووزن لمخالفته ضرورات الحياة التشريعية •

وقد لخص المزمي صاحب الامام الشافعي فكرة القياس وحججه أبلف
تلخيص ، فقال :

ان الفقهاء من عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا
هذا ، استعملوا المقاييس في جميع الاحكام في أمر دينهم • وأجمعوا على
أن نظير الحق حق ، ونظير الباطل باطل • فلا يجوز لاحد انكار القياس ،
لانه التشبيه بالامور ، والتمثيل عليهما (ر : كتاب « مالك » للشيخ
محمد أبي زهرة الاستاذ في كلية الحقوق بالقاهرة ، القسم الثاني
ف/ ١٦٠) •

الفصل الثاني

المصادر التبعية

الاستحصان - الاستصلاح ، أو
(قاعدة المصالح المرسله) - العرف •

١٣ - ان هناك مستندات أخرى شرعية لاثبات الاحكام الفقهية غير المصادر الاربعة الاساسية المتقدمة وقد دلت نصوص الكتاب والسنة على اعتبارها مستنداً صحيحاً لاثبات الاحكام •

غير أن تلك المصادر انما هي في الحقيقة تبعية متفرعة عن تلك المصادر الاربعة الاساسية فلذا لم يمدحها معظم العلماء زائدة عليها بل اعتبرت رابعة اليها •

وأهم تلك المصادر الفرعية التبعية ثلاثة سنتولى بيانها ، وهي :

- الاستحصان

- والاستصلاح ، أو قاعدة المصالح المرسله

- والعرف

الفرع الأول

الاستحسان

١٤ - الاستحسان هو : المثل بالمسألة عن حكم نظائرها الى حكم آخر ، لوجه القوي يقتضي هذا المثل .

هذا ما يعرف به الامام أبو الحسن الكرخي من أئمة المذهب الحنفي . ولعله أفضل التعاريف الماثورة للاستحسان ، وأشملها لأنواعه الأتني بيانها (ر : كشف الاسرار شرح أصول البزدوي ، ج ٤ ص ٣/٣ ، وكتاب د أبو حنيفة ، للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، القسم الثاني ، ف/١٧٤) .

ومفاده : أن الاستحسان هو قطع المسألة عن نظائرها ، فهو عكس القياس الظاهر الذي هو : إلحاق المسألة بنظائرها في الحكم .

وبناء على أنواع العلة التي تقطع لأجلها المسألة الاستحسانية عن نظائرها القياسية ينقسم الاستحسان الى نوعين : الاستحسان القياسي ، واستحسان الضرورة (١) .

١ - الاستحسان القياسي

١٥ - وأما الاستحسان القياسي فهو أن يعدل بالمسألة عن حكم

(١) - يقسم علماء الأصول من الحنفية الاستحسان الى أربعة أنواع ، فيزيدون نوعين هما : استحسان السنة ، واستحسان الإجماع . وسننتقد ذلك آخر البحث (ف ٢٠/العاشية) .

القياس الظاهر المتبادر فيها الى حكم مغاير بقياس آخر هو أدق وأخفى من الاول ، ولكنه أقوى حجة ، وأسد نظراً ، وأصح استنتاجاً منه •

ولشيوع هذا النوع من الاستحسان كثيراً في طريقة فقهاء الحنفية قد يقتصر بعضهم في تعريف الاستحسان على أنه هو « القياس الخفي » وهذا النوع من الاستحسان في الحقيقة إنما هو ترجيح لأحد الأقيسة عند تعدد وجوه القياس وتعارضها في المسألة الواحدة ، فهو من القياس واليه •

١٦ - أمثلة الاستحسان القياسي :

١ - ان الدين المشترك^(١) اذا قبض منه أحد الدائنين مقدار حصته لا يحق له الاختصاص بها ، بل لشريكه في الدين أن يطالبه بحصته من القبوض • فإذا هلك هذا القبوض في يد القابض قبل أن يأخذ الشريك الثاني حصته منه فقد كان مقتضى القياس الظاهر أن يهلك من حساب الاثنين ، لأنهما كما يتقاسمان القبوض اذا سلم ينبغي أن يتحملا مما تبعه هلاكه اذا هلك •

ولكن في الاستحسان يعتبر الهالك في يد القابض هالكا من حصته

(١) - الدين المشترك هو ما ثبت لائنين فأكثر في ذمة ثالث بسبب متحد ، كشراء يملكه شخصان مناصفة بينهما اذا باعاه صفقة واحدة بشمن مؤجل ، فثمته يكون ديناً مشتركاً لهما على المشتري • وكذا لو لم يبيعهما بيما بل أتلفه شخص ثالث ، فإنه يضمن قيمته بسبب الائتلاف ، وتكون هذه القيمة ديناً مشتركاً لهما على المثلّف •

فلو لم يكن سبب الدين واحداً ، كما لو اقترض شخص قرضين من شخصين كل قرض يعقد على حدة ، لا يكون ديناً مشتركاً •

فقط ، وتكون الحصة التي لم تقبض هي للشريك الثاني وذلك لانه في الاصل لم يكن ملزماً بمشاركة القابض فيما قبض ، بل له أن يترك المقبوض للقابض ويلاحق المدين بحصته •

٢ - من القواعد المقررة أن المرء مؤاخذ باقراره في حق نفسه لا في حق غيره • فلو أقر مثلاً أنه وأخاه مدينان يلزم هو بما يصيبه منه ، ولا يلزم أخوه ان أنكر • وعلى هذا ، لو ادعى شخص أنه وكيل عن دائن غائب يقبض دينه ، فأقر المدين بوكالته ، يؤمر بدفع الدين اليه عملاً باقراره •

وبناء عليه ، اذا أودع أحد شيئاً عند آخر وغاب • فادعى شخص أنه وكيل الغائب في قبض ودينته ، فأقر الوديع له بالوكالة ، فان مقتضى القياس الظاهر على مسألة قبض المدين أن يلزم الوديع بتسليم الوديعة اليه •

لكن الاستحسان عدم الزام الوديع بتسليم الوديعة اليه ولو كان الوديع مقراً بوكالته ، لاحتمال أن يحضر صاحب الوديعة فينكر التوكيل ، وتكون ودينته قد ذهبت وربما لا يمكن استردادها ، وإن جقه متعلق بعينها • بخلاف صورة الدين ، فان حق الدائن فيها متعلق بذمة المدين لا بعين المبلغ الذي يدفعه هذا المدين الى زاعم الوكالة بالقبض • فاذا حضر الدائن فأنكر الوكالة يتبين أن الدفع السابق لم يكن قضاء صحيحاً للمدين ، لعدم ثبوت وكالة القابض ، فيكون حق الدائن باقياً على حاله في ذمة المدين ، ويكلف بالدفع ثمانية الى الدائن ، وله حق الرجوع على القابض ليسترد منه ما دفعه اليه •

وايضاح ذلك أن عملية وفاة الدين في الواقع وبالنظر الفقهي هي أن المدين يدفع من مال نفسه ما يعادل الدين • فأقراره بوكالة القبض

هو اعتراف منه بلزوم تسليمه منه الى مدعي الوكالة وفاء لدين الدائن ، فهو اقرار على نفسه ، فاذا لم تثبت الوكالة فيما بعد كان هو المفرط في مال نفسه .

أما الوديعة فإن حق مالكيها متعلق بعينها ذاتها لا بذمة الوديع . فيكون اقرار الوديع بوكالة قبضها اعترافاً منه بلزوم تسليم مال غيره . الى شخص ثالث . فهو اقرار على غيره لا على نفسه ؟ فلو أنفذناه كان ذلك تفرطاً في حق المالك بمجرد اقرار غيره . (ر : الدر المختار ورد المحتار ، باب الوكالة بالخصومة والقبض ٤/٤١٣ - ٤١٤) .

٣ - من المقرر فقهاً أن المرهون مضمون على الدائن المرتهن بما يعادل الدين ، فإذا هلك المرهون في يده وكانت قيمته مساوية للدين سقط الدين . حتى أن المرتهن لو كان قد استوفى الدين قبل هلاك المرهون يرد ما استوفاه .

وعلى هذا : أبرأ الدائن المرتهن ذمة المدين عن دينه ثم هلك المرهون قبل اعادته ، فإن مقتضى القياس الظاهر أن يضمن المرتهن للراهن قيمته قياساً لحالة الإبراء على حالة الاستيفاء اذ يبقى المرهون مضموناً بعد استيفاء الدين حتى يعاد .

ولكن الاستحسان عدم ضمان المرهون بعد الإبراء عن الدين ، واعتبار المرتهن بعد إبرائه للمدين كالفاسخ للرهن ، لأن الدائن المرتهن مستقل بفسخ الرهن ، اذ هو توثيق لحقه ، وإذا فسخه انقلب المرهون أمانة في يده ، فلا يضمن هلاكه عندئذ الا بالتعدي عليه أو التقصير في حفظه (ر : رد المحتار ٥/٣٣٥ و ٣٣٨) .

ب - استحسان الضرورة

١٧ - وأما استحسان الضرورة فهو ما خولف فيه حكم القياس نظراً الى ضرورة موجبة أو مصلحة مقتضية ، سداً للحاجة أو دفماً للحرَج .
فمحله عندما يكون اطراد الحكم القياسي مؤدياً لحرَج أو مشكلة في بعض المسائل ؛ فيعدل حيثئذ عنه استحساناً الى حكم آخر يزول به الحرَج وتندفع به المشكلة . وذلك لأن المسائل التي يقاس بعضها على بعض - وإن كانت من جنس واحد وقائمة على أسس مشتركة - قد تختلف نتائجها عدلاً وجوراً ، أو عسراً ويسراً ، باختلاف موضوعاتها وما يكتنفها من عوارض .

فالاستحسان يكون في مثل هذا طريقاً للفقهاء الى الاحكام المصلحية التي تتفق مع المنطق الفقهي ومقاصد الشريعة ، عندما يلوح في اطراد القياس سوء النتائج .

وهذا النوع من الاستحسان يرجع في الحقيقة الى نظرية المصالح المرسلة التي بيّنها في البحث التالي ، كما سنرى .

١٨ - أمثلة استحسان الضرورة :

ومن أمثلة استحسان الضرورة المسائل التالية :

أ - من المقرر شرعاً أن الامين كالوديع مثلاً ، اذا هلك لديه مال الامانة بلا تعد ولا تقصير في حفظه لا يضمن شيئاً من قيمته .

ويستمر القياس كذلك في كل أمانة بيد أمين ، كمال الشركة في يد أحد الشريكين ، والمأجور في يد المستأجر ، والعارية في يد

المستعير الخ... ومن ذلك مال المستأجر في يد الاجير ، فينبغي أن لا يضمن مطلقاً اذا تلف بلا تد عليه من الاجير ولا تقصير منه في حفظه .

ولكنهم فرقوا في الاستحسان بين الاجير الخاص وهو الذي يبيع وقته جميعاً لمستأجره ليعمل عنده ولا يشتغل في فراغه عند سواه ، كالخادم والسائس ونحوهما ، وبين الاجير العام أو المشترك وهو الذي يبيع عمله في مهنة معينة لكل راغب ، كالصباغ والخباز والتجار الخ .. فقالوا : ان الاجير المشترك اذا هلك مستأجره لديه يضمنه استحساناً ، الا اذا كان التلف بسبب لا يمكن التحرز عنه كالحرقيق الغالب . وذلك كي لا يتقبل من أعمال الناس أكثر من طاقته طمعاً في زيادة الربح ، فيعرض أموالهم للهلاك أو الضياع لديه بطول المكث .

وهذا الحكم قد أخذ به الاجتهاد المالكي أيضاً بداعي المصلحة^(١) .

(١) قال الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في بحث المصالح المرسلة من كتابه « طالعك » ف (٢١٨) نقلاً عن كتاب « الاعتصام » للامام الشاطبي ما نصه :

« واتفق الخلفاء الراشدون على تضمين الضئاع منع ان الاصل أن ايديهم على الامانة ، ولكن وجد أنهم لو لم يضمنوا لاستهانوا بالمحافظة على لمتعة الناس وأموالهم ، وفي الناس حاجة شديدة اليهم ، فكانت المصلحة في تضمينهم ليحافظوا على ما تحت أيديهم ، ولذلك قال علي رضي الله عنه في تضمينهم : لا يصلح الناس الا ذاك » أ م .

القول : ان هذه المسألة ومساائل أخرى وسواها قد ذكرها فقهاء المالكية مثلاً لقاعدة « المصالح المرسلة » عندهم ، وذكرها فقهاء الحنفية مثلاً للاستحسان عندهم (ر : كتاب الاجارة من الدرر شرح الفرر ٢ ص / ٢٣٧) .

وهذا ما يؤيد ما صنفه عليه في بحث المصالح المرسلة الآتي من أن نظرية المصالح عند المالكية هي نظير استحسان الضرورة عند الحنفية موسماً .

٢ - من القواعد المقررة في الفقه الاسلامي أن من دفع من ماله شيئاً عن غيره بلا إله منه في أداء نفقة ، أو قضاء دين ، أو وفاة أي حق مالي آخر ، فإنه يعتبر متبرعاً فيما دفع عن غيره ، سواء أقصد التبرع أو لم يقصد وليس له الرجوع على المدفوع عنه إلا أن يكون الدافع مضطراً الى الدفع^(١) .

وعلى هذا إذا سلم أحد الى غيره مالا وأمره أن يشتري له به شيئاً أو يقضي عنه به دينه ، أو ينفق له منه على عياله أو بنائه ونحو ذلك ، فأمسك الأمور عند ما سلم اليه ، واشترى أو قضى أو أنفق من مال نفسه فيما أمره الدافع ، بقصد أن يستوفي بعد ذلك مما دفعه اليه ، فمقتضى القياس الظاهر أن يعتبر الأمور متبرعاً بالدفع ، ويرد الى الأمر ما أخذ منه .

ولكن قالوا أنه في الاستحسان لا يعتبر متبرعاً تيسيراً للمعونات ، ودفعاً للحرج في سبيلها ، فيجري التقاص بين ما دفع من ماله وبين ما في يده من مال الأمر (ر : المختار ، كتاب الوكالة ٤/٤١٥) .

٣ - ان الاموال الكيلية أو الوزنية تمد شرعاً من الاموال الربوية التي يجري فيها ربا الفضل : أي لا يجوز اقراض شيء منها واستيفاء أكثر منه . وكذا لا يجوز بيع بعضها بمقدار من جنسه أكثر منه .

ولكن فقهاء الحنفية حكموا بجواز استقراض الخبز عدداً بين الجيران،

(١) - من صور الاضطراب الى الادعاء عن الغير ما لو كان مال الانسان مرهوناً بأذنه في دين على غيره - وهي مسألة المستعار للرهن - والمدين لا يفكه فان للمالك أن يفك الرهن عن ماله بأن يدفع دين المدين ويرجع عليه ، ولا يعتبر متبرعاً لاضطراره الى تخليص ماله (ر : الدر المختار ورد المختار ٣٣١/٥) .

وان تفاوت وزن الارغفة التفاوت المتاد ؟ استحساناً على خلافه القياس ،
نظراً للضرورة وحاجة الناس مع انتفاء فكرة الربا والاسترباح في هذه
العملية ، لأن هذا التفاوت من التوافه المهذرة عرفاً^(١) .

(ر : رد المحتار ١٧٢/٤ و ١٨٧) .

والى هذا ذهب الاجتاد المالكي أيضاً .

١٩ - هذه أمثلة هي قليل من كثير من المسائل الاستحسانية المنبئة
في الفقه الحنفي من كلا النوعين ، أعني الاستحسان القياسي واستحسان
الضرورة .

ومنها يتضح أن الاستحسان مقدم على القياس عند تعارضهما .

وعن هذا يقول الفقهاء : اذا ذكر في مسألة أن الحكم فيها كذا قياساً ،
وعكسه استحساناً ، فحكم الاستحسان هو الراجح المصوب به دائماً .
وذلك لأن الاستحسان في الحقيقة إنما هو علاج لما قد يترتب على القياس
من مشكلات الاحكام في بعض الاحيان .

(١) - ينبغي أن يعتبر مثل ذلك في صرف النقود الفضية ونحوها
بأجزائها الصغرى عندما يكون مجموع الاجزاء اقل أو أكثر من وزن القطعة
المستبدل بها .

ويتردد اليوم بعضهم في ذلك غلوا وتشديداً محرّجا في الدين بلا
موجب ، مع أن هذا الصرف أشد حاجة وأولى بالجواز الشرعي من
استقراض الخبز عدداً بين الجيران ، لأن الاجزاء المستبدلة والقطعة النقدية
المستبدل بها متساويان قيمة وعرفاً ، ولا يصلح ذلك ذريعة للمراعاة
والاسترباح .

• ٢ - نقد التقسيم التقليدي للاستحسان :

هذا ، وبعد أن عرفنا مما سبق بيانه حقيقة معنى الاستحسان ورتبته في مصادر الأحكام وأدلتها ، من حيث أنه في الحقيقة طريقة تعديلية لمعالجة ما يؤدي إليه اطراد القياس في بعض المسائل من غلو ومساوئ ، نقول :

إن معظم علماء أصول الفقه الحنفي يقسمون الاستحسان الى أربعة أقسام ، فيزيدون على هذين النوعين المشروحين نوعين آخرين هما :

- استحسان السنة ، وهو لديهم عدول عن حكم القياس الى حكم مخالف له ثبت في السنة •

- واستحسان الاجماع ، وهو عدول أيضاً عن مقتضى القياس الى حكم آخر انتقد عليه الاجماع ، كما في صحة عقد الاستصناع المتقدم ذكره في بحث الاجماع^(١) •

ولا يخفى أن هذا التمييز والتنوع في معنى الاستحسان الاصطلاحي غير سديد ، وهو اقصم للشيء في غير محله •

فمن الواضح بعد ما سبق بيانه أن الحكم الثابت فيما يسمونه استحسان السنة أو استحسان الاجماع إنما يضاف ثبوته الى السنة أو الاجماع ، أي الى نص الشارع وما في حكمه ، لا الى قياس أو استحسان •

(١) - و : « كشف الاسرار » للعلامة الشيخ عبد العزيز البخاري ، شرح « الأصول » لفخر الاسلام البزدوي ، ج ٤ ص/٣ ، وكتاب « أبو حنيفة » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، القسم الثاني ، ف/١٧٤ •

فالاستحسان المقصود انما هو عدول **من الفقيه** المستنبط عن حكم القياس حيث يجوز القياس لفقدان النص التشريعي . وان القرآن ثم السنة ثم الاجماع مصادر ثلاثة أساسية مقدمة في الرتبة على القياس ، فلا مجال لقياس ولا استحسان الا فيما لم يرد من الاحكام في أحد تلك المصادر الثلاثة .

فاطلاق اسم الاستحسان على هذين النوعين هو حشر للنهي في غير زمرة ، وتوسع في لفظ الاستحسان يورث اشتباهاً في تمييز الحقائق^(١) .

على أن ما ورد به النص منحرفاً عن قياس أمثاله لمصلحة لحظها الشارع الأمر انما هو في الحقيقة **استحسان الشارع** وليس الكلام فيه ، وانما الكلام في **استحسان الفقيه** المستنبط الذي يطبق نصوص الشارع ويقس عليها ويستحسن على وفقها ، مستلهما من غرض الشارع ومقاصد شريعته^(٢) .

(١) ولعل السبب في هذا التساهل هو رغبة الاستحسانيين أن يقطعوا حجة مخالفيهم الذين يعتبرون طريقة الاستحسان قولاً بالرأي وبالهيء المجرد عن دليل شرعي ، فأراد الاستحسانيون بهذا التوسيع لمعناه الأصلي أن يفهمهم أن من معناه الاستناد الى السنة أو الاجماع أو القياس .

(٢) والفرق بين استحسان الشارع واستحسان الفقيه المستنبط يشبه بعض التشبه الفرق في اصطلاح علماء القانون اليوم بين القرائن القانونية والقرائن القضائية .

والقرن القانونية : هي التي عينها الشارع أو واضح القانون ورتب عليها حكماً خاصاً نص عليه لا رأي للقاضي في تقديره . وذلك دلالة بنظر الشرع على الشك في الحق المتقدم حتى منع سماع الدعوى به .

٢١ - وقد اشتهر أبو حنيفة وأتباعه من فقهاء مدرسته بطريقة الاستحسان وبناء الأحكام عليها ، وبرعوا في الاستنباط الاستحساني براعة عدلوا فيها كثيراً من غلو القياس الظاهر عندما يؤدي الى مشكلة في المصلحة التطبيقية^(١) .

وقد أخذ الاجتهاد المالكي بطريقة الاستحسان وتوسع فيها أكثر من الحنفية علاجاً لفنل القياس . ولكن المالكية لا يسمون القياس الخفي استحساناً كما في اصطلاح الحنفية ، وإنما الاستحسان عند المالكية أن يترك القياس الظاهر لأحد أمور ثلاثة :

- إذا عارضه عرف غالب ، أي عادة شائعة .
- أو عارضته لمصلحة راجحة .
- أو أدى الى حرج ومشقة .

فيكون الحكم الاستحساني عندهم أيضاً من قبيل ترجيح مصلحة جزئية في حكم معين كانت تقضي القواعد القياسية بخلافه . وذلك لأن

والقرائن القضائية : هي من قبيل البينات والدلائل التي يعود للقاضي تقدير قوتها الاثباتية في وقائع الدعوى .

وشتان ما بين النوعين ، فإن الاولى من أدلة الشارع التي يلحظها في تشريعه الأمر ، والثانية من أدلة القاضي المنفذ في تمحيصه للوقائع .

(١) المأثور عن أبي حنيفة رحمه الله انه كان يقيس ، حتى اذا قبح القياس وادى الى غلو في الحكم استحسن ، أي عدل عنه الى الاستحسان .

وقد قال تلميذه الإمام محمد بن الحسن الشيباني : « كان أبو حنيفة اذا قلس نازعه أصحابه القياس ، فلذا قال : استحسن ، ثم يلحق به أحد » (ر : كتاب « أبو حنيفة » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، القسم الثاني ، ف/ ١٧٣ . وكتاب « مالك » له أيضاً ، القسم الثاني ف/ ١٧٢) .

نصوص الشريعة الإسلامية تضافرت على وجوب رعاية المصلحة ودفع
الحرج • كقوله تعالى : « يريد الله اليسر ولا يريد بكم العسر » •

وقوله أيضاً : « ما جعل عليكم في الدين من حرج » •

وقول النبي عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار » •

قال القاضي ابن رشد الحفيد المالكي في بداية المجتهد (٢ / ١٥٤) :

« ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات الى المصلحة
والصلح » •

وهذا في الحقيقة نظير استحسان الضرورة في الاجتهاد الحنفي •

٢٢ - ومن الأمثلة التي يبرز فيها غلو اطراد القياس الظاهر وجوده ،
واختلف الاجتهاد في معالجتها بالاستحسان ، القضية المعروفة باسم
« المسألة المشتركة » في الفرائض ، أي أحكام الميراث ، وهي أن تموت
امراة عن زوج ، وأم ، وأخوين لام ، وأخوين شقيقين •

فالأزواج والام والأخوة هم من أصحاب الفرائض الأربعة المحدودة •
أما الأخوة الأشقاء فهم من العصبات^(١) • والقاعدة في الميراث هي :
ان العصبات انما يخلون ما يزيد عن أصحاب الفرائض •

فمقتضى القواعد القياسية في هذه الحادثة هو : ان يرث الأخوة

(١) العصبية في اصلاح علم الفرائض هو كل قريب ذكر يتصل الى
الميت ببعض الذكورة ، أي لا يدخل في نسبته الى الميت أنثى ، وذلك كالعلم
وابنه وكالأخ وابنه ، فانهم من العصبات • بخلاف العمة مثلاً لانها أنثى •
وبخلاف الخال وابنه لأن واسطة قرابتهما الام وهي أنثى •

لام ولا يرث الأشقاء ، لأن الفريضة الارثية للزوج هنا نصف التركة ؛
وللام السدس ؛ وللأخوة من الأم الثلث ، فلا يبقى شيء للأخوة الأشقاء
وهم العصبات . وهذا يؤدي الى مشكلة من القرابة يمكن ، اذ يرث
عندئذ الأخ لام ، ويحرم الشقيق !! والى هذا ذهب بعض الصحابة ، وعليه
الاجتهادان الحنفي والحنبلي .

ولكن عمر بن الخطاب وفريقاً آخر من الصحابة (ر ض) ذهبوا
الى اشتراك الأشقاء مع الأخوة لام في نصيبهم بالثلث استحساناً ، باعتبار
أن الجميع أولاد أم واحدة ، فالأشقاء يشاركونهم في السبب من جهة الأم .
وبذلك سن عمر سنة الاستحسان المقيم للعدالة الدافع للخرج ،
والى هذا ذهب الاجتهادان المالكي والشافعي ، وهو الوجه .

ويروى أن عمر (ر ض) لما رقت اليه هذه القضية ، فأرأى فيها أولاً
أن للأخوة من الأم الثلث فريضة ، فلا يبقى شيء للأخوة الأشقاء ، قال
له هؤلاء : « هب أن أبانا كان حماراً ، السنا لام واحدة ؟ » .

فرجع عمر وقضى باشتراكهم جميعاً في الثلث (ر : اعلام الموقعين
لابن القيم ٢ ص ٤٨ / طبعه الكردي ، وبداية المجتهد لابن رشد
ج ٢ ص ٢٩٠ / وشرح المنظومة الرحيبة للسبط المارديني ، باب المسألة
المشتركة ^(١) .

(١) قد عدلت الحكومة المصرية بقانون خاص صدر سنة ١٣٦٥ هـ -
١٩٤٦ م عن حكم المذهب الحنفي في المسألة المشتركة وأوجبت فيها العمل
بحكم الاشتراك وفقاً لمذهب مالك والشافعي ، وحسناً فعلت .
وكذلك فعلت سورية أخيراً في قانون الاحوال الشخصية الجديد سنة
١٩٥٣ م .

الفرع الثاني

الاستصلاح ، والمصالح المرسله

٢٣ - الاستصلاح : هو بناء الاحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسله (١) •

والمصالح المرسله : هي كل مصلحة لم يرد في التشريع نص على اعتبارها بعينها او بنوعها •

فهي انما تدخل في عموم المصالح التي تتجلى في اجتلاب المنافع ، واجتباب المضار ، تلك المصالح التي جاءت الشريعة الاسلامية لتحقيقها بوجه عام ، ودلت نصوصها وأصولها على لزوم مراعاتها والنظر اليها في تنظيم سائر نواحي الحياة ، ولم يحدد الشارع لها أفراداً ولا أنواعاً • ولذا سميت « مرسله » أي مطلقة غير محددة •

فاذا كانت المصلحة قد جاء بها نص خاص بعينها ككتابة القرآن صيانة له من الضياع ، وكتليم القراءة والكتابة (٢) ؛ أو كانت مما جاء

(١) عبر الامام الغزالي في « المستصفى » عن استعمال قاعدة المصالح المرسله في بناء الاحكام الشرعية باسم : « الاستصلاح » ، وهو تسمية جديدة في مقابل لفظ « الاستحسان » ، وهو افضل من تعبير غيره عن ذلك بلفظ « المصالح المرسله » الذي لا يفيد الا معنى المصالح نفسها لا معنى لعملية بناء الاحكام على اساسها •

(٢) ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان له كتبة للوحي يستكتبهم القرآن عند نزوله • وثبت أيضاً أنه جعل فداء أسرى بدر من المشركين العالمين بالقراءة والكتابة ، أن يقوم كل منهم بتعليم عشرة من المسلمين الأميين القراءة والكتابة •

نص عام في نوعها يشهد له بالاعتبار ، كوجوب تعليم العلم ونشره بوجه عام ، وكالامر بكل أنواع المعروف ، والنهي عن جميع فنون المنكر ، فمتى تكون من المصالح المنصوص عليها عيناً أو نوعاً لا من المصالح المرسله ، ويعتبر حكمها ثابتاً بذلك انص لا بقاعدة الاستصلاح .

٢٤ - ايضاح فكرة المصالح والمفاسد :

- وايضاحاً لفكرة المصالح المرسله في الاسلام اجمالاً نقول :
- ان المصلحة عكس المفسدة . وكل منهما محل نظر من جهتين :
 - من جهة المعنى الذاتي للمصلحة والمفسدة .
 - ومن جهة اعتبارهما في نظر الشارع .

٢٥ - (١) - المعنى الذاتي للمصلحة والمفسدة :

فالمعنى الذاتي تفسر المصلحة بالنفعة ، وتفسر المفسدة بالمضرة مطلقاً سواء أكان النفع أو الضرر شخصياً أو عاماً ، غالباً أو مقلوباً ، عاجلاً أو آجلاً الخ

فالعلم والربح واللذة والراحة والتمتع والصحة ونحوها كلها مصالح في ذاتها نافعة لأصحابها بأي طريق حصلت .

والجهل والخسارة واللام والتعب الخ .. كلها مفسدات في ذاتها مضرة بأصحابها .

ولكن هذا النظر الذاتي في تجديد المصلحة والمفسدة هو نظر فاصر لا يكفي ، ولا يصلح لبناء الأحكام الشرعية عليه :

- فإن اللذة الوقتية مثلاً قد تعقب آمالاً أو مضار لصاحبها ولغيره في نفسه أو شرفه أو ماله ، كشرّب المسكرات ؛ وإن الراحة قد تعقب خساراً كبيراً وتعباً ؛ وإن الريح في بعض صوره أو طرقه قد يقوم على ظلم الغير أو على طرق غير شريفة لها ضرر أكبر من الريح .

- وبالعكس قد نجد بعض الآلام أحسن نتيجة من عدها ، كآلام العلاج والمداواة ؛ وكذلك بعض المتاعب والمصاعب قد تتوقف عليها أطيب الثمرات . فالجهاد على ما فيه من ضرر بالانفس والاموال تتوقف عليه حياة الاجيال الحاضرة والمستقبلية في الامة ، وأمانها من خطر أعدائها .

لذلك وجب أن يتخذ للمصالح والمفاسد التي يبنى عليها التشريع العام مقياس آخر يعتبر به الشارع مصلحة الفرد والمجتمع معاً ، ويوازن بين عاجل الحوائج وآجل النتائج ، فلا يُعتبر عندئذ مصلحة أو مفسدة إلا ما اعتبره الشارع كذلك ، قطعاً لفوضى المقاييس الشخصية وتضاربها فتكون العبرة في ذلك إنما هي للاعتبار الشرعي .

٢٦ - (ب) - الاعتبار الشرعي للمصلحة والمفسدة :

إن المصالح والمفاسد التي تعتبر مقياساً للأمر والنهي في الشرع الاسلامي هي التي تتفق أو تتنافى مع مقاصد التشريعة . وإن من أول مقاصدها صيانة الاركان الخمسة الضرورية للحياة البشرية وهي : **الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال** ؛ ثم ضمان ما سواها من الامور التي تحتاج اليها الحياة الصالحة مما دون تلك الاركان الضرورية في أهميتها .

وتلك الاركان الخمسة قد اتفقت الشرائع الالهية ، بل والوضعية

أيضاً ، على وجوب احترامها وحفظها • وقد ذكر الغزالي في • المصطفى ، أن حرمتها لم تبح في ملة قط •

وعلى هذا نرى أن علماء الفقه الإسلامي قسموا الاعمال والتصرفات التي تعد من المصالح بالنظر الشرعي ؛ وبحسب دلائل نصوص الشريعة وأحكامها الى ثلاثة أقسام :

الأول - **الغروريات** : وهي الاعمال والتصرفات التي تتوقف عليها صيانة الأركان الخمسة السالفة البيان •

والنظر الشرعي أن هذه الامور الخمسة لابد منها للحياة الصالحة ، فإذا فقد بعضها انتهت الحياة الانسانية أو اختلفت •

ولذا شرعت العبادات ، وأببح بل وجب الأكل والشرب والملبس بما يصون الأبدان ويستر السوات ، كما نظمت أحكام المعاملات لصيانة الحقوق والاموال ، وشرعت العقوبات والتضمينات ، أي المسؤوليات المالية ، زجراً عن العدوان وجبراً للحقوق •

فأساس الاعمال التي تعد من المصالح الضرورية أن لا تقوم تلك الامور الخمسة التي هي من أركان الحياة البشرية الصالحة الا بمراعاتها •

الثاني - **الحاجيات** : وهي الاعمال والتصرفات التي لا تتوقف عليها صيانة تلك الأركان الخمسة ، ولكنها تتطلبها الحاجة لاجل التوسعة ورفع الحرج ، كإباحة الصيد والمتعة بالطيبات التي يمكن أن يستغني عنها الانسان ولكن بشيء من المشقة ؛ وكشريع عقد الاستئجار وكثير من أنواع المعاملات •

فتفتح طريق الاستئجار في المعاملات المدنية يحقق للناس وفاء حاجة

كبرى ، اذ يتمكن به كل منهم أن ينتفع بملك غيره لقاء عوض يسير بالنسبة الى قيمة عين الشيء المتأجور . ولو سد طريق الاستئجار لما تعطلت حياة الناس وما فسدت أوضاعهم ، ولكن ينالهم حرج كبير : اذ يضطر الإنسان أن يملك عين ما يحتاج اليه ولو حاجة موقفة .

الثالث - التكميليات ، أو التحسينيات : وهي التي لا تخرج الحياة بتركها ولكن مراعاتها من مكارم الأخلاق أو من محاسن العادات ، فهي من قبيل استكمال ما يليق ، والتزهد عما لا يليق ، كأداب الكلام والطعام والشراب ، وكالاعتدال في المظاهر ، والاقتصاد في المصارف دون اسراف ولا تقتير ونحو ذلك .

وعلى هذا فالاحكام التي شرعت لصيانة الاركان الضرورية هي أهم الاحكام وأحقها بالمراعاة ، وتليها الاحكام المشروعة لضمان الحاجيات ، ثم الاحكام المشروعة للتحسين والتكميل .

ولا يراعى حكم تحسيني اذا كان في مراعاته اخلال بما هو ضروري أو حاجي ، لان الفرع لا يراعى اذا كان في مراعاته والمحافظة عليه تفريط في الاصل . ولذلك أبيع شرعاً كشف العورة عند الاقتضاء لأجل تشخيص داء ، أو لداواة أو عملية جراحية ضرورية ، لأن ستر العورة من الامور التحسينية التي غايتها أدبية ؛ أما العلاج فممن الضروريات لان به صيانة النفس أو العقل أو النسل . (ر : كتاب « أصول الفقه » للاستاذ الجليل الشيخ عبد الوهاب الخلاف ص ١٦٣ / الطبعة الثانية و « المدخل الى علم أصول الفقه » للزميل الاستاذ المحقق الدكتور معروف الدواليبي ص ٤١٦ - ٤١٧ / الطبعة الثانية) .

هذه هي الاسس التي يعتبرها الشرع الاسلامي في وزن المصالح المرسله أنواعاً ودرجات ، وهي ترسم مقاصد الشريعة كما تدل عليه

دلائل نصوصها في شتى الموضوعات والقضايا والاحكام .

فكل ما يؤيد هذه المقاصد الشرعية ويساعد على تحقيقها فهو مصلحة مطلوبة طلباً قوياً أو ضعيفاً بحسب موقعها في تلك الاقسام الثلاثة . وكل ما ينافسها فهو مفسدة ممنوعة منعاً شديداً أو ضعيفاً بحسب نوع المفسد الشرعي الذي تخل به ^(١) .

ويتضح مما تقدم أن التحسينات منها ما هو من المدبوبات أي المطلوبة طلباً خفيفاً على سبيل الاولوية والافضلية كآداب الطعام ونحوها ، ومنها ما هو من الفرائض المطلوبة شرعاً على سبيل الحتم والايجاب كستر العورة ؛ لأن معنى كون الشيء من التحسينات هو أن الناس يمكنهم الاستغناء عنه في حياتهم المادية دون حرج ، ولكنه يكون مما تقتضي الاعتبارات الادبية والمنوية تحميمه والزام الناس به .

٢/٣٦ - كل امر فيه جهتا نفع وضرر ؛ والعبرة شرعاً للغالب :

هذا ، ومن المسلم به أن كل امر من الامور فيه جهة نفع وجهة ضرر متعادلتان أو متفاوتتان : فاذا كانت جهة النفع في الشيء هي الغالبة فهو مصلحة بالمعنى العرفي وان اشتمل على ضرر مغلوب . واذا كانت جهة الضرر هي الغالبة فهو مفسدة بالمعنى العرفي وان اشتمل على نفع مغلوب .

(١) أوضح الامام الخزالي في كتابه « المستقصى » في أصول الفقه اسس هذه المصالح المرسله واقسامها الثلاثة (الضروريات الخمس ، والحاجيات والتحسينيات) .

ثم جاء الامام أبو اسحاق الشاطبي المالكي فافاض فيها تبياناً وتعليلاً وتحليلاً بما لم يسبق اليه في كتابه « الموافقات في اصول الشريعة » .

ثم تناولها في هذا العصر يبحث ماتع الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة بمصر في كتابه « مالك » .

ولذا كان الفعل ذو الوجهين منسوبا الى الجهة الراجعة فيه من مصلحة أو مفسدة ، أي من نفع أو ضرر .

وعلى هذا فكل شيء أو فعل إما يكون مشروعاً أو مبنوعاً بحسب رجحان نفعه أو رجحان ضرره ، لا لأنه نفع محض أو ضرر محض .
وتقدير ذلك الى نظر الشارع .

ومن المقرر في هذه الحال أن الجهة المرجوحة المغلوبة من نفع أو ضرر غير مقصودة للشارع في أوامره ونواهيته ، بل هي متفاضلة عنها في سبيل الجهة الراجعة .

- ففي المطلوبات يكون الضرر المرجوح نظير الاشواك في الطريق الموصل الى الغاية ، فهذه الاشواك غير مقصودة الوجود بالنسبة الى السالك .

- وفي المكروهات يكون النفع المرجوح نظير الربح المادي في عمل شائن يأباه الانسان . فذلك الربح غير مقصود بالترك لذاته ، بل مقصود الشخص في الترك إما هو اجتناب العمل الشائن ، لا اجتناب الربح .

ومن المقرر أيضاً أن المصالح التي يعتبرها الشرع ويرعها لا عبرة لكونها موافقة لاهواء المكلفين وشهواتهم أو مخالفة ، وإنما هي ما يقيم شأن الدنيا على أن تكون جسراً للآخرة ، فتبني حياة صالحة فاضلة متعونة على الخير والبر .

وقد أوضح الامام الشاطبي هذا المعنى واستقصى الأدلة عليه ، في « الموافقات » (ج ٢ ص / ٢٦ و ٧٢ / وقال) :

« وهذا النظر كله أساسه كون المصالح مشروعة لا فائدة هذه الدنيا لا لنيل الشهوات ، ولا لإجابة داعي الهوى »

٢٧ - العوامل الداعية الى الاستصلاح :

يمكننا بعد ما تقدم بيانه أن نقسم العوامل والدواعي ، التي توجب على الفقيه الشرعي أو الحاكم الأمر أن يلجأ الى قاعدة الاستصلاح في استحداث أحكام جديدة في ظل الشريعة الاسلامية ، الى أربعة عوامل :

١ - جلب المصالح ؟ وهي الامور التي يحتاج اليها المجتمع لاقامة حياة الناس على أقوم أساس ، كفرض الضرائب العادلة عند الحاجة لأجل تمويل الخدمات العامة ، والمشروعات الهامة المفيدة .

٢ - درء المفاسد ؟ وهي الامور التي تضر بالناس أفراداً أو جماعات سواء أكلن ضررها مادياً أو خلقياً .

ومقياس الفساد هو قواعد الشريعة ومقاصدها المستفادة منصوصها الثابتة ، والتي يتألف منها نظام الاسلام .

٣ - سد الذرائع ؟ أي منع الطرق التي تؤدي الى اهمال أوامر الشريعة أو الاحتيال عليها ، أو تؤدي الى الوقوع في محاذير شرعية ولو عن غير قصد .

٤ - تغير الزمان ؟ أي اختلاف أحوال الناس وأوضاع الحياة العامة عما كانت عليه .

فكل واحد من هذه العوامل الاربعة يدعو الى سلوك طريق الاستصلاح ، باستحداث الاحكام المناسبة المحققة لغايات الشرع ومقاصده في اقامة الحياة الاجتماعية على أصلح منهاج ، ليكون منها في المجتمع أحسن نتاج .

فأما العاملان الاولان ، وهما جلب المصالح ، ودرء المفاسد فمفهومها

وأمثلتهما واضحة مما سبق • وسنرى مزيداً من أمثلتهما قريباً عند كلامنا على أنواع الأحكام التي تبنى على نظرية المصالح المرسلة •

وأما العاملان الآخران ، وهما سد الذرائع وتغير الزمان ، فنوجز فكرة إجمالية عنهما فيما يلي :

٢/٢٧ - سد الذرائع :

الذريعة معناها في اللغة الوسيلة التي يلجأ إليها الإنسان لأمور من الأمور •

كثيراً ما تكون الأعمال والتصرفات الممنوعة شرعاً ليست مقصودة لذاتها بالمنع في نظر الشارع ، بل إنما منعت على خلاف مقتضى الأصل فيها لأنها قابلة أن تكون طرقة مفضية إلى أمر ممنوع شرعاً ولو عن غير قصد ، أو أن تكون ذريعة ، أي وسيلة يمكن أن يتشبث بها الإنسان عن قصد منه إلى ذلك الأمر الممنوع ، وذلك من قبيل ما يسمى اليوم : الاحتيال على القانون •

فلذا يمنع شرعاً كل طريق أو وسيلة قد تؤدي ، عن قصد أو غير قصد ، إلى المحاذير الشرعية • ويسمى هذا الأصل في اصطلاح الفقهاء والاصوليين : مبدأ سد الذرائع • وهو باب واسع يتصل بسياسة التشريع ، ولذا يعتبر فرعاً من الاستصلاح •

ويشهد لمبدأ الذرائع من نصوص الشريعة شواهد كثيرة جداً في الكتاب والسنة •

فمن شواهد في الكتاب نهي القرآن العظيم عن سب أئمة المؤمنين المشركين كيلا يشير ذلك حقهم ، فيسبوا الله تعالى جهلاً وعدواناً ، فقال :

« ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم » •

وكذلك حرم القرآن خطبة المرأة المعتدة بعد انقضاء زواجها بطلاق أو بوفاة الزوج حتى تنقضي عدتها ، كي لا تؤدي خطبتها الى اخلال بواجب العدة الخطير الذي يقتضيه نظام الأسرة وحقوق الزوجية السابقة • ولذا كان أيضاً عقد الزواج على المرأة المعتدة ، ولو بلا دخول ، غير منقذ شرعاً •

ومن شواهد مبدأ سد الذرائع في السنة النبوية أن النبي عليه السلام نهى عن بناء المساجد على القبور ، وذلك كيلا تنفضي الى عبادة الموتى من عظماء الناس •

وكذلك منع النبي الوصية للوارث كي لا تتخذ ذريعة الى تفضيل بعض الورثة على بعض ، احتيالا على نظام الارث ، فإن هذا التفضيل ممنوع شرعاً كما سنرى (ف/ ١٠٦) (١) •

وكذلك نهى النبي عليه السلام عن خلوة الرجل بامرأة أجنبية عنه ، لأن هذه الخلوة ذريعة يمكن أن تنفضي الى الفساد ، ومن الواجب درء المفاسد •

يتضح من هذه الامثلة الملاحظات التالية :

(١) هذا رأي الجمهور • وذهب الزيدية والامامية الى القول بتنفيذ الوصية للوارث كغير الوارث في حدود ثلث التركة بحجة أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم بعد نزول آيات الموارث : « ألا لا وصية لوارث » هو نسخ وجوب الوصية للقريب الذي أصبح وارثاً ، اذ كان الوجوب هو المقرر بنص القرآن قبل تشريع الارث ، فيبقى الحكم على الجواز بعد نسخ الوجوب •

١ - ان مبدأ سد الذرائع سلكته الشريعة الاسلامية في الامور الدينية والمدنية على السواء . فالدينية كمنع بناء المساجد على القبور ، والمدنية كالوصية للوارث .

٢ - ان المنظور اليه في سد الذرائع ليس هو النية السيئة من الفاعل ، بل مجرد كون الفعل مما يفضي الى النتيجة التي يأبأها الشرع ، ولو كان الفاعل حسن النية . ولذا نهى القرآن عن سب أصنام المشركين ، وان كان الذي يسبها إنما يسبها إيماناً بالله ، وانتصاراً له .

والفقهاء المجتهدون ، بدلالة هذه النصوص وأمثالها المتصلة بحكمة التشريع وسياسته ، والتي ترشد الى مبدأ سد الذرائع ، قد لجأوا الى هذا المبدأ في أحكام اجتهادية قرروها على أساسه :

أ - فمن ذلك ما قرره الاجتهاد الحنفي من أن للزوجة المطلقة في طلاق الفرار^(١) حق الارث من زوجها الذي طلقها ، لكيلا يتخذ من حقه في الطلاق ذريعة الى حرمان الزوجة ميراثها المشروع عند بأسه من الحياة بقصد المضادة .

وهذا من قبيل منع التصرف في استعمال الحق ، اذ ليس من المصلحة تمكين الناس من هذا التصرف .

(١) طلاق الفرار في اصطلاح المذهب الحنفي (وقد سماه قانون الاحوال الشخصية الجديد لدينا : طلاق التصرف) هو : ان يطلق الرجل زوجته طلاقاً بائناً دون رضاها في مرض موته ، أو في حالة خطر يفلب على الظن حلاكه فيها . فاقدامه على طلاقها وهو على عتبة الفراق الابدي بالموت قرينة على قصد الفرار من حقها المشروع في الميراث وحرمانها منه . فأوجبوا لها الميراث اذا توفي وهي في العدة سداً لهذا الطريق ولو كان من المحتمل أن الزوج غير قاصد هذا المقصد .

وهذا الحكم هو في الاجتهاد الحنفي .

وكذلك قرر الفقهاء أن البائع اذا شرط في عقد البيع أنه يتبرأ من ضمان العيوب الخفية التي يمكن أن تظهر في الشيء المبيع ، فإنه عندئذ لا يكون مسؤولاً تجاه المشتري عما يظهر في المبيع من عيوب ، عملاً بالشرط .

ولكن اذا كان البائع عالماً بصيب المبيع وكنهه عن المشتري عند العقد فإن شرط البراءة من ضمان العيب لا يعفيه من هذا الضمان ، كيلا يتخذ مبدأ احترام الشروط التي يشترطها المتعاقدان ذريعة لاحدهما الى النش تحت حماية الشرط .

بهذا قضى عثمان بن عفان رضي الله عنه في حادثة وقعت في عهده ، وعليه الاجتهاد المالكي . (ر : الجزء الخامس من هذه السلسلة الفقهية . وموضوعه : عقد البيع ، ف ١٣٧ / وبداية المجتهد ١٥٣/٢ - ١٥٤) (١) .

٣/٢٧ - تغير الزمان :

من أسباب تبديل الاحكام الاجتهادية في فقه الشريعة الاسلامية اختلاف الاوضاع والاحوال والوسائل الزمنية عما كانت عليه في السابق حينما قررت تلك الاحكام ، وذلك اما لتبدل الوسائل الحيوية كحدوث

(١) يتفق هذا الحكم مع ما جاء به القانون المدني السوري في مواطن عديدة منها أن اشتراط البائع عدم ضمان عيوب المبيع ، أو عدم ضمان الاستحقاق ، أو شرط الانتقاص من هذا الضمان ، يقع باطلا اذا كان البائع سيء النية ، أي كاتماً عيب المبيع أو حقيق الغير فيه وهو عالم بهما (قم/٤١٣ و ٤٢١) .

أما في الاجتهاد الحنفي فإنهم يجوزون شرط البائع عدم ضمان العيب ويعفونه بمقتضاه من هذا الضمان ولو كان سيء النية ، أي كاتماً العيب مع علمه به . ولا شك أن الاجتهاد المالكي في هذا أوجه وأجرى مع حكمة التشريع .

الكهرباء والمطامل الآلية التي غيرت مجرى الحياة كلها في عصرنا الحاضر ،
وأما لفساد طارىء على أخلاق الناس العامة •

وقد قرر الفقهاء في هذا المقام تلك القاعدة الشهيرة القائلة :
« لا يتكر تغير الاحكام بتغير الزمان » •

وفي هذا الموضوع يقول العلامة ابن عابدين في رسالة «نشر العرف» :

« ان كثيرا من الاحكام يبينها المجتهد على ما كان في
زمانه ، فتختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله ، أو لحوث
فروءة ، أو لفساد أهل الزمان ، بحيث لو بقي الحكم على
ما كان عليه للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد
الشريعة المبينة على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ،
لاجل بقاء النظام على أحسن أحكام • ولهذا ترى فقهاء المذهب
خائفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان
في زمنه لعلهم يأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذا
من قواعد مذهب » •

وقد أتى رحمه الله على ذلك بأمثلة كثيرة :

— منها أنه في أصل المذهب الحنفي لم يكن يعتبر الاكراه معذرة
للمشخص المستكره (بفتح الراء) الا اذا كان واقما من السلطان نفسه أو
بأمره ، لان قيام سلطة الحاكم تمنع الناس من أن يكره بعضهم بعضاً على
على فعل أو عقد ، اذ يستطيع من يقع عليه الاكراه أن يلتجئ إلى الحاكم •
أما اذا وقع الاكراه من السلطان نفسه فلا سلطة فوقه ، ويده القوة •

لكن المتأخرين من الفقهاء لما رأوا فساد الزمان وتسلب بعض الناس
على بعض تحت حماية بعض الحكام ولحفظوا فقدان الوازع ، أقروا بأن

الأكراه يعتبر معذرة مؤثرة في مسؤوليته المستكره عن الأفعال والعقود التي
بشرها تحت الأكراه ولو كان واقعا من غير السلطان الحاكم .

- ومنها أن الفقهاء المتقدمين أيضا كانوا يجيزون إيجار عقارات
الوقف مهما كانت مدة الإيجار طويلة أو قصيرة .

ولكن المتأخرين لما رأوا كثرة غصب المتنفذين لأملاك الأوقاف
وتواطؤ بعض المتولين على الأوقاف معهم ، أفتوا بمنع إيجار عقار الوقف
أكثر من سنة واحدة في الدور والحوادث البنية ، وثلاث سنين في الأراضي
الزراعية ، خشية أن يدعي المستأجر في النهاية ملكية العقار ، متخذاً من
استمرار يده وتصرفه فيه زمناً طويلاً دليلاً على ملكيته . فتجديد عقد
الإيجار في فترات قصيرة يحول دون ذلك .

(ر : مجموعة رسائل ابن عابدين ج ٢ ص / ١٢٥ - ١٢٦) .

هذا ، وسنمقد لموضوع تغير الزمان وأثره في تغير الأحكام مبحثاً
خاصاً نعالجه فيه بتفصيل وإيضاح أوفى ، بعد نظرية العرف آخر القسم
الثاني من هذا المدخل ، لما بين العرف وتغير الزمان من صلة . فنجتزئ هنا
بهذه الملحة الإجمالية .

٢٨ - الوفاق والفرق بين الاستحسان والاستحسان :

إن الاستحسان عند الحنفية ، كما رأينا نوعان متباينان :

فأحدهما - وهو الاستحسان القياسي - إنما هو ضرب من القياس ،
أذ هو ترجيح قياس خفي الملحظ قوي المبنى على قياس ظاهر متبادر ، عند
تعدد وجوه القياس وتعارضها في مسألة ما .

والثاني - وهو استحسان الضرورة - هو في الحقيقة ضرب من

الاستصلاح ، أي فرع من قاعدة المصالح المرسله ، لان فيه عدولا عن مقتضى حكم القياس في قضية الى حكم آخر اذا كان ذلك القياس يؤدي الى حرج غير عادي ، أو الى ضرر غالب ، أي ضرر أعظم من المصلحة التوخاة ذلك لان منهاج الشريعة العام المقرر في نصوصها الاصلية يقوم على أساس نفي الحرج ، ودفع الضرر الغالب من طريق أحكامها .

أما عند المالكية فإن الاستحسان هو دائما فرع من نظرية المصالح لان الاستحسان عندهم نوع واحد هو المدول عن القياس رعاية لمصلحة تعارضه في مسألة معينة .

فهم لا يسمون القياس الخفي « استحسانا » وانما هو « قياس » باق على أصل اسمه .

غير أن هناك نقطة واحدة تعد هي الفارق بين الاستحسان وقاعدة المصالح المرسله ، وهي أن الحكم الاستحساني في مسألة هو ما كان مخالفا لمقتضى القواعد القياسية فيها على سبيل الاستثناء من تلك القواعد ، أما رعاية لمصلحة عامة كتضمين الاجراء العموميين ما في أيديهم من أموال الناس (ر : ف / ١٨) ، وكتعجيل انحلال الزواج بين المرأة وزوجها المفقود (ر : ف / ٣٠) ؟ وأما رعاية لمصلحة حقوقية جزئية^(١) .

(١) من الامثلة التي يذكرها المالكية للاستحسان المبني على رعاية مصلحة جزئية ما لو اشترى أحد شيئاً على انه بالخيار في إبرام العقد وفسخه خلال مدة معينة - وهو المسمى خيار الشرط - ثم مات المشتري قبل انقضاء المدة المضروبة ، فاختلف ورثته : فرفض بعضهم بإبرام العقد ورفض بعضهم ، ولم يقبل البائع تجزئة المبيع . فمقتضى القياس أن

أما المصلحة المرسلة التي يبنى عليها الاستصلاح فلا يشترط أن يكون فيها مخالفة لقياس يمارضها • فقد يكون الحكم الثابت بها في الشؤون العامة التي لا يوجد في الشريعة دليل على خلافها ، بل المصلحة فيها هي الدليل الوحيد ؛ كفرض الضرائب الإلزامية عند الحاجة ، وتحديد عقوبات الجرائم منأ لفوضى الأحكام باختلاف أنظار الحكام ، وكالزام الحكومة الناس بالقضاء بمذهب فقهي مخصوص ، أو تقنين أحكام مدنية مختارة من عدة مذاهب فقهية اجتهادية معتبرة ، لكي يعلم الناس مصير معاملاتهم وعقودهم ، ويعرفوا وجهة القضاء فيها سلفا بصورة ثابتة مستقرة •

فكل ذلك وأمثاله مما تتجدد الحاجات فيه ولا تحصى لا يوجد في الشريعة دلائل قياسية تقتضي خلافه ، وإنما هو استصلاح محض •

يقول الامام أبو اسحق الشاطبي في كتابه « الاعتصام » بعد ذكره مسائل من صور الاستحسان عند الامام مالك :

« فان قيل : هنا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان ؟

قلنا : نعم ، الا أنهم صوروا الاستحسان تصوير الاستثناء من



يبطل البيع في الكل • ولكنهم استحسنا امضاء العقد على البائع اذا قبل من رضي من الورثة بأن يأخذ حصه من رفض • وذلك رعاية لمصلحة النوارث دون أن يتضرر البائع لانقضاء التجزئة •

وهذا الاستحسان في هذه المسألة لا يجري في الاجتهاد الحنفي لان من المقرر فيه أن خيار الشرط لا يورث ، فبموت صاحب الخيار خلال المدة المضروبة ينبرم العقد ويستقر ملك المشتري في المبيع نهائيا ان كان الخيار للبائع ، أو يثبت الملك فيه لورثة المشتري ان كان الخيار له فمات (ر : المجلة/٣٠٦) •

القواعد ؟ بخلاف المصالح المرسله ، ١ هـ (الاعتصام ، ج ٢
ص / ٣٢٤) (١) .

(١) ويقول الاستاذ الشيخ محمد ابو زهرة في كتابه (مالك) تعليقا
على عبارة الشاطبي هذه :

« ومعنى هذا الكلام استثناء الاستحسان جزئي في مقابل
دليل كلي يتخلف في بعض الاجزاء . اما المصالح المرسله فانها
تكون حيث لا يكون ثمة دليل سواها . »

وانا نجد ان اثار المصلحة الجزئية - أي الاستحسان -
هو بلا ريب اخذ بمبدأ المصالح المرسله . ولذلك يقول علماء
المالكية : ان الاستحسان هو اثار للاستدلال المرسل - أي
للاستدلال بالمصلحة المرسله - على الاستدلال بالقياس .

ومؤدى ذلك ان المصلحة تعمل في حالين :

الحالة الاولى - حيث لا يكون في الموضوع قياس محمول
على نص . وحينئذ تكون المصلحة هي الدليل وحدها ، وهي
عند مالك اصل مستقل قائم بذاته .

الحالة الثانية - اذا كان ثمة قياس يوقع اطراده في
مشقة او ضيق ، او يناهي مصلحة ظاهرة . فحينئذ يترخص
في ترك القياس لهذا النفع المجتلب ، ولذلك الضرر المجتنب .
وسمي هذا النوع الذي قوبل بالقياس « استحسانا » ١ هـ .

(عن كتاب « مالك » القسم الثاني ، ف / ١٧٩ /
باختصار وتصرف يسير) .

اقول :

يتضح مما تقدم ان النسبة بين الاستحسان والاستصلاح هي من
قبيل العموم والخصوص المطلق .

فالاستصلاح اعم والاستحسان اخص . فكل استحسان هو وجه
من الاستصلاح خوف فيه القياس ، وليس كل ما بني من الاحكام على
قاعدة المصالح المرسله بمد استحسانا ، لان الاستحسان هو الطريق الذي
فيه مخالفة للقواعد انقياسية .

٢٩ - أنواع الاحكام التي تبنى على نظرية المصالح الرسالة :

الاحكام التي تبنى بالاجتهاد الاستصلاحي على قاعدة المصالح الرسالة يمكن تصنيفها الى نوعين :

النوع الاول الاحكام التي تتعلق بشؤون الإدارة العامة المنظمة لمصالح المجتمع ، وهي التدابير التي يتوقف عليها تنظيم تلك انشؤون والمصالح العامة ، وذلك كفرض الضرائب على المقتدرين عند الحاجة الى الاعمال كتجهيز الجيوش ، وبناء الجسور ، وتخطيط الاراضي واحصاء النفوس ، وتبييد الطرق ، وانشاء المستشفيات ودور العجزة ، وسائر وجوه الضمان الجماعي الذي ينبغي البؤس ، ويكفل العمل لمن يريد و يحقق لجميع الناس المستوى اللائق في المعيشة والمرافق الضرورية لحياتهم .

فكل تلك المصالح الحيوية وأمثالها مما هو معروف ومحتاج اليه ، أو سيتولد وتحتاج اليه الحياة العامة ، يجب أن يتعاون عليه أفراد المجتمع ويمولوه بحسب قدرة كل منهم وفقا لاوامر الشريعة التي يقول قرآنها :

« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان »

فانشاء المؤسسات اللازمة لكل مشروع من هذا القبيل ، وتمويل تلك المؤسسات العامة بالضرائب والحماية العادلة بحسب الحاجة ، هو أحكام استصلاحية .

ومن هذا القبيل تحديد الاسعار ، كي لا يطغى الباعة فيها ويتحكموا بحوائج الناس .

ومن هذا القبيل أيضا ما أحدثه عمر بن الخطاب الخليفة الثاني

(رضي الله عنه) من انشاء الديوان لضبط عطاء الجند وأرزاقهم ومدة خدمتهم الخ . . ثم عممت الدواوين في مصالح أخرى .

ومن هذا القيل أيضا في عصرنا الحاضر تنظيم السير في الطرق الداخلية والخارجية بأنظمة خاصة بمد حدود السيارات الآلية ، منعاً للدعس والاصطدام ، وصيانة لأرواح الناس .

وكل ذلك هو مقتضى الولاية العامة لصاحب السلطة العليا في الدولة من خليفة أو غيره ؟ فإن له ، أن ينظم الاوضاع ، ويؤسس المؤسسات ، ويسن الأنظمة اللازمة لانشاء هذه الاعمال وتمويلها وإدارتها ، وأن يفرض العقوبات على المخالفين بحسب ما يجد من الدواعي الجديدة ، كل ذلك وفقاً لقواعد الشريعة ومقاصدها .

النوع الثاني - الاحكام التي تتعلق بالنظام القضائي والحقوق الخاصة . واليك الامثلة الواقعية في كلا الموضوعين :

٢/٢٩ - ١ - في النظام القضائي :

من الامثلة الواقعية على هذا النوع التدابير والاحكام التالية :

١ - تخصيص القضاء من حيث الموضوع بحيث يكون لكل نوع من الدعاوى محكمة مختصة تنظر فيه ويمتنع عليها النظر في سواء ؛ كالمحاكم الجنائية لمحاكمة المجرمين ، والمحاكم الحقوقية للنظر في دعاوى الحقوق المالية ؛ الى غير ذلك من المحاكم المختصة بحسب الدواعي الزمنية ، وكثرة الدعاوى والانظمة ، وحاجتها الى الاختصاص في العلم ، والاختصاص في توزيع العمل .

٢ - جعل القضاء والمحاكم على درجات (اثنين أو ثلاث) بحيث

يكون أمام المحكوم عليه طريق للطعن في الحكم الصادر عليه أمام محكمة أعلى تستطيع نسخه أو تعديله اذا وجدت فيه جوراً أو خطأ •

٣ - منع القضاة من سماع الدعاوى بحق قديم أهمل صاحبه الادعاء به زمناً طويلاً مميّناً بلا عذر ، وذلك للشك عندئذ في أصل الحق وفي اثباته بعد التقادم ، ولتخليص القضاء من الارتباك في نبش الوقائع القديمة ، ولحمل الناس على متابعة حقوقهم وعدم اهمالها • وهذا التدبير القضائي هو المعروف بقضية التقادم ، أو مسألة مرور الزمان التي أفرها متأخرو الفقهاء وصدرت بها الاوامر السلطانية في العهد العثماني (ر : ف / ٢٠ الحاشية) •

٣/٢٩ - ب - في الحقوق الخاصة :

من أمثلة هذا النوع القضايا التالية :

١ - الحكم بالاحلال الزواج بين المفقود^(١) وزوجته بناء على طلبها وإن لم يثبت موته ، وذلك بعد مضي أربع سنوات على فقدانه في حال السلم ، أو سنة واحدة اذا فقد في حرب ، فعندئذ يسوغ لزوجه أن تتزوج غيره بعد أن يقضي القاضي بالاحلال الزوجية ، وتمضي الزوجة عدتها الشرعية ، دفعا لضرر الزوجة من بقائها معلقة مدى العمر ، ولو كان للزوج المفقود مال كاف لنفقتها •

بهذا قضى عمر بن الخطاب ، وعليه جرى الاجتهاد المالكي تبعاً

(١) المفقود هو الشخص الذي انقطعت أخباره ولا يعلم له مكان ، ولا يعرف هل هو حي أو ميت •

فاذا كان معلوم الحياة فهو عندئذ غائب لا مفقود •

لقضاء عمر^(١) ؛ وبه أيضا أخذ قانون حقوق العائلة الصادر في المهد العثماني والذي كان معمولاً به لدينا^(٢) ، وقانون النفقة والأحوال

(١) لم يأخذ الاجتهادان الحنفي والشافعي بهذا الحكم ، بل أوجبا تطبيق قاعدة الاستصحاب العامة في قضية المفقود بالنسبة الى زوجته وبالنسبة الى أمواله على السواء . لكن الاجتهاد الشافعي يسوغ لزوجة الغائب طلب التفريق لعدم الاتفاق اذا لم يترك لها مالا للنفقة .

وقاعدة الاستصحاب تقضي بأن « الاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه » : فمن كان مدينا مثلا يستمر مدينا حتى يثبت سقوط دينه ومن كان غير مدين يستمر كذلك حتى يثبت شغل ذمته بالاستدانة أو بغيرها من أسباب الالتزام ، وهكذا

والمفقود كان حيا ، فالاصل استمرار حياته حتى يثبت موته ، أو حتى يموت أقرانه في بلده فيقلب على الظن عندئذ وفاته . وقبل ذلك لا توزع أمواله بين ورثته ، فكذلك تبقى زوجته على عصمته .

ولا يخفى أن هذا الاجتهاد - وإن كان من الوجهة النظرية منسجما وجاريا على قاعدة قياسية - يؤدي الى حرج عظيم بالنسبة الى الزوجة . فإن في الحقوق الزوجية اعتبارات تختلف عن الحقوق المالية . فإذا لم يكن في بقاء المال محتجزا دهرًا طويلا ضررًا أو مفسدة ، فإن في بقاء الزوجة بلا زوج ضررًا عظيمًا لها لا تفرقه مقاصد الشريعة ، وقد يؤدي الى مفاصد . فقياس الزوجية على المال قياس مع الفارق . ولما لجة مثل هذه المشكلات فتحت في أصول الشريعة طريق الاستصحاب والاستصلاح لاجتناب نتائج غلو القياس ، وعلاجاً لمشكلات القواعد النظرية عندما يكون لبعض الحوادث اعتبارات وملابسات خاصة يؤدي معها تطبيق القواعد القياسية الى محاذير .

(٢) كان هذا القانون معمولاً به لدينا حتى سنة ١٩٥٣ ميلادية حيث صدر في سورية قانون الأحوال الشخصية الجديد ، فنسخ قانون حقوق العائلة العثماني المذكور .

وقد قرر هذا القانون الجديد - الذي استمدت أحكامه الشرعية من مختلف المذاهب الفقهية - في المادة /١٠٩/ منه أن للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها اذا غاب عنها بلا عذر مقبول بعد سنة من غيابها ولو ترك لها مالا تنفق منه .

فشمّل هذا الحكم المفقود ، والغائب المعلوم الحياة .

الشخصية الذي أصدرته الحكومة المصرية / ١٩٢٠ م تحت رقم / ٢٥٠

٢ - فتوى المتأخرين من فقهاء المذهب الحنبلي ، ثم الحنفي بعدم
نفاذ التصرفات المالية الصادرة من المدين يدين مستغرق ولو كان غير محجوز
عليه قضائيا الا فيما يزيد من أمواله عن وفاة الدين ، وذلك كيلا يلجأ
بهذه التصرفات من هبة ووقف ونحوهما الى تهريب أمواله من وجه
الدائنين كما سيأتي ايضاحه في محله (ر : ف ٣/١٩٤ و ٥٤٣) .

٣ - الاحكام القانونية التي تقضي اليوم بأن هذه العقود العقارية
لا تكسب المتعاقدين حقوقا عينيه في العقار ما لم تسجل في السجل العقاري ،
وذلك لمقاصد تنظيمية واصلاحية عديدة ، منها منح صاحب العقار من
التلاعب والاحتيايل على الناس بأن يبيع عقاره مثلا من عدة أشخاص على
التعاقب ، أو يرهنه لديهم ويأخذ منهم جميعا أثمنا أو ديونا دون أن يدري
اللاحق منهم بمقد السابق^(١) .

(١) القوانين العقارية اليوم في الدول تختلف في موقفها من العقود
العقارية اذا اجريت بصورة عادية بين المتعاقدين دون أن تسجل في السجل
العقاري .

- فبعض قوانين الدول تعتبر هذه العقود باطلة من اصلها لا تنشئ
أثرا ما بين المتعاقدين نفسهما ولا تجاه الغير ، بحيث أن التعاقد اذا نكل عن
تسجيل عقده في السجل العقاري فليس للعقود الآخر أن يلزمه بالتسجيل
بقوة القضاء ، لبطلان العقد .

- وبعض القوانين تعتبر العقد غير المسجل في السجل العقاري منعقدا
وملزما لهما لكن لا يترتب عليه آثاره تجاه غيرهما ما لم يسجل في السجل
العقاري ، فاذا نكل أحدهما عن التسجيل حتى للآخر أن يقاضيه ويقضي
عليه بالتسجيل . فاذا كان العقد بيما مثلا فإنه قبل التسجيل يبقى المالك
بالنسبة الى المستأجر هو البائع ، فيدفع المستأجر الاجرة الى البائع لا
المشتري . وعلى هذا جرى قانوننا المدني الجديد .

٤ - ومن هذا القبيل أيضا المنع القانوني من إثبات الاقرار الذي يدعى وقوعه خارج مجلس القضاء الا بينة خطية ، فلا يقبل اثباته بالبينة الشخصية ، أي شهادة شهود ، وذلك لكثرة حوادث تزوير الشهادة على الاقرار وسهولة هذا التزوير ، فتموت به الحقوق ، وترد دعاوى أصحابها .

فكل من ثبت عليه حق فانه لا يقبل منه أن يثبت اقرار صاحبه بخلافه خارج مجلس القضاء الا بوثيقة مكتوبة . وهذا المنع القانوني منذ العهد العثماني في هذه البلاد^(١) .

٢٩/٤ - كل ذلك انما هو من قبيل بناء الاحكام على مقتضى المصالح المرسله في باب الحقوق الخاصة .

ويلاحظ هنا أن معظم أمثلة هذا النوع تمد أيضا من قبيل الاستحسان لانها تقوم على أساس الترخّص في مخالفة قواعد قياسية كانت تقتضي خلاف هذه الاحكام .

فقد كان مقتضى القواعد القياسية صحة العقود العقارية وترتب آثارها عليها ولو عقدت سرا بين العاقدین أسوة للعقار بشيره من الاموال ؟ وكذا بقاء زوجة المفقود حتى تثبت وفاته أو يموت أقاربه ؟ وسماع الدعوى بالحق مهما تقدم .

(١) يلحظ في هذا المقام أن قانون البينات الجديد الصادر في سورية سنة ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧ م أصبح يسوغ إثبات الاقرار الواقع خارج مجلس القضاء بالشهادة في الالتزامات غير التعاقدية مطلقا ، وفي التعاقدية التي لا تتجاوز قيمتها مائة ليرة سورية ، ووفقا لقواعد الإثبات العامة المقررة في القانون ، كما يظهر من المواد / ٥٢ - ٥٨ و ٩٥ و ١٠٢ / من القانون المذكور .

ف تلك الاحكام والتدابير الاستثنائية التي قررت في هذه الامثلة وأمثالها هي استصلاح بالنظر الى المصلحة التي أوجبتها ؛ وهي في الوقت نفسه استحسان بالنظر الى أنها قد خولفت فيها القواعد السياسية ، على ما سبق بيانه من الوقف والفرق بين الاستحسان والاستصلاح .

٣ - الاستحسان والاستصلاح في الموازين الاجتهادية :

اختلفت الانظار الاجتهادية في اعتبار الاستحسان والاستصلاح ؛ فقد فتح الاجتهاد الحنفي طريقة الاستحسان وسماها بهذا الاسم ، وأسسها على نظام مضبوط عندما لمس الحاجة الى معالجة غلو القياس ومشكلاته بنظر مستمد من أساليب الشريعة نفسها في علاج المساوىء والطوارئ ، ومن مقاصدها العامة في العدل والاصلاح .

وقد رأينا في بحث الاستحسان أن الاجتهاد الحنفي يقسمه الى نوعين: الاستحسان القياسي ، واستحسان الضرورة . فالاستحسان القياسي ليس مقصودا هنا في هذه الموازنة لانه ضرب من القياس كما تقدم ، وانما المقصود هنا هو استحسان الضرورة لانه هو شقيق الاستصلاح .

وقد رأينا أيضا هناك ان استحسان الضرورة عند الحنفية يستند الى رعاية المصلحة تمديلا لطريق القياس عندما يؤدي القياس الى احراج ، لان من قواعد الشريعة رفع الحرج . فهو ، أي الاستحسان عند الحنفية ، التفت الى مقاصد الشريعة العامة في ابتناء الاصلح ، وكان يسمى هذا الالتفات باسم « الرأي » في العصر الاول ، ثم سمي باسم الاستصلاح فيما بعد ، أو المصالح المرسلة .

والظاهر من نظرية الاجتهاد الحنفي في الاستحسان ومن عبارات

فقهائه انهم لا يعدونه مصدرا مستقلا زائدا عن المصادر الاربعة الاساسية ، وانما يرونه طريقا متفرعا من القياس المشروع باتجاه معاكس له يسلك لمعالجة ما يظهر من مساوئ القياس ، بناء على قاعدة الضرورة ورفع الحرج .

♦ ٢/٣ - ثم جاء الاجتهاد المالكي فابرز نظرية المصالح المرسله في صورة أعم ، بحيث جعل الاستحسان فرعاً منها مخصوصاً بحال مخالفة القواعد القياسية عندما تقتضي المصلحة بمخالفة تلك القواعد اجتناباً لمشكلة يؤدي اليها القياس كما تقدم ، بينما كانت فكرة المصالح في طريقة الاجتهاد الحنفي تعد هي فرعاً من الاستحسان ، لان الحنفية اتخذوا من استحسان الضرورة الذي يخالف فيه مقتضى القواعد القياسية نقطة انطلاق تؤدي حتما الى اعتماد المصالح المرسله التي لا مخالفة فيها لشيء من القواعد .

والمعروف عن الاجتهاد المالكي أنه يعتبر المصالح المرسله مصدرا مستقلا دلت على اعتباره نصوص الشريعة كما دلت على القياس ، فبنى على أساسها الاحكام الشرعية عند فقدان النص التشريعي في الحادثة أو فيما يشابهها ؟ فتكون المصالح هي الدليل عندما لا يكون دليل سواها ، كما يخالف بها القياس المستند الى نص في الحوادث المشابهة عندما يؤدي اطراد القياس الى خلاف المصلحة . وهذه الحالة الاخيرة يبرز فيها النظر الى المصالح المرسله في صورة الاستحسان المخالف لمقتضى القياس (ر : ف / ٢٨ / الحاشية) .

ومن هنا يلوح لتساوجه الاتفاق بين المذهبين الحنفي والمالكي في نظرية الاستصلاح : فالفكرة فيهما واحدة ، ولكن المذهب المالكي لتأخره عن الحنفي في التاريخ تركزت فيه الصياغة الفنية الفقهية لقاعدة المصالح المرسله وشرائطها ، تبرزت فيه واشتهر بها .

٣/٣ - ثم ظهر الاجتهاد الشافعي بانكار نظريتي الاستحسان والمصالح المرسلة بحجة أن الشريعة الاسلامية قد تكفلت ببيان كل ما يحتاج الانسان الى معرفته من الاحكام اما بالنص الصريح ، أو بالإشارة ، أو بطريق القياس المشروع ، وان الاستحسان لا ضابط له ولا مقاييس يقاس بها الحق من الباطل . فلو جاز لكل مفت أو حاكم أو مجتهد أن يستحسن لاصبح الامر فرطاً .

وقد عقد الامام الشافعي في كتاب « الام » بحثاً خاصاً سماه « كتاب ابطال الاستحسان » (١) .

يقول الشافعي فيما يؤثر عنه « ليس للمجتهد ان يشرع ومن استحسن فقد شرع » - أي ان مهمة المجتهد هي أن يقرر أحكام الشريعة لا أن يشرع أحكاماً من عنده ، فإذا لجأ الى الاستحسان فقد تولى التشريع . وهذا من الامام الشافعي رضي الله عنه فيما نرى غلو . فان من لجأوا من المجتهدين الى الاستحسان والاستصلاح انما سلكوا طريقاً فتحته لهم الشريعة ، ودلتهم عليه دلائل نصوصها وقواعدها ومقاصدها .

وكذلك عد الغزالي الشافعي في كتابه « المستصفى » الاستحسان والاستصلاح من الادلة الموهومة ، ويعتبرها من قبيل الحكم بالتشبهى والهوى المجرد عن دليل شرعي (المستصفى ج ١ ص ١٣٧ - ١٤٤ / طبعة المطبعة التجارية سنة ١٣٥٦ هـ) .

(١) - يلاحظ ان الاستحسان في تعبير الشافعي يشمل ما يسمى في المرف الفقهى بالمصالح المرسلة والاستحسان عند الحنفية والمالكية (ر : كتاب « مالك » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، القسم الثاني ف/ ١٨٨ الحاشية ، وكتابه « الشافعي » أيضاً ، ص/ ١٢١ / الطبعة الاولى) .

ولكنه لم يرد بذلك ما يشمل الاستحسان القياسي عند الحنفية ،
وأحكام الضرورات المعلقة ، بل أقر ذلك إذ لا مجال للشبهة فيه ، ولكنه
رده الى القياس (١) .

♦ ٤/٣ - ثم جاء الاجتهاد الحنبلي فنحا منحي الاجتهاد المالكي في
اعتبار المصالح أصلاً يعتمد عليه في تقرير الاحكام .

ففي هذا الاجتهاد يستطيع الفقيه أن يحكم بأن كل عمل فيه مصلحة
غالبية يعتبر مطلوباً شرعاً من غير أن يحتاج الى شاهد خاص من نصوص
الشرع لهذا النوع ؟ وكل أمر ضرره واثمه أكبر من نفعه فهو منهى
عنه من غير أن يحتاج الى نص خاص .

(١) - وجواباً على النظر الشافعي من أن الاستحسان لا ضابط له
وأنه قول بالتشبهى المجرد عن التلليل يقول الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة
حفظه الله في كتابه « مالك » نقلاً عن كتاب « الاعتصام » للإمام الشاطبي
المالكي صاحب « المحققات » :

« وقد لاحظ المدبرسون المذهب المالكي المتعرفون لمنهاج
الاستنباط فيه أن يسترسال مالك في الأخذ بالمصالح المرسلة
كأن يتجه فيه الى قيود تنفي محاذيره حتى لا يكون تقدير
المصلحة قابلاً للاهواء والشهوات . وتلك القيود هي :

١ - الملازمة بين المصلحة المحسوسة ومقاصد الشرع بحيث
لا تنافي أصلاً من أصوله ولا دليلاً من أدلته القطعية ، بل
تكون من جنس المصالح الكلية التي قصد الشارع الى تحصيلها
وإن لم يشهد دليل خلص باعتبارها .

٢ - أن تكون مقبولة في ذاتها بحيث إذا عرضت على أهل
المقول تلقتهما بالقبول .

٣ - أن يكون في الأخذ بها دفع حرج في الدين ، بحيث
لو لم يؤخذ بتلك المصلحة المقبولة في موضعها لكان الناس في
حرج ، والله تعالى يقول : وما جعل عليكم في الدين من
حرج « اهـ (باختصار وتصرف يسير) .

ولكن الحنابلة ، على التحقيق ، لا يعتبرون المصالح المرسله مصدراً مستقلاً بذاته كما يعتبرها المالكية ، بل يراها الحنابلة ضرباً من ضروب القياس تابعة له وهي في مرتبته اعتباراً (ر : كتاب « ابن حنبل » للاستاذ ابي زهرة ايضاً ص/ ٣٠٣ / الطبعة الاولى) •

• ٣/٥ - وقد غالى بعض الشيعة ، وهو سليمان الطوسي ، في اعتبار المصلحة ، فجعلها مقدمة على النصوص القطعية اذا عارضتها^(١) • وهذا رأي خطر جداً يؤدي الى تعطيل النصوص التشريعية بنظر اجتهادي محض • ولو جاز أن تقبل أمة من الامة هذا الرأي على اطلاقه في تشريعها وتسمع به لرجال الحقوق والقضاء في اجتهادهم لسادت انغوض في العمل بالشريعة والقانون : فمن تراءت له مصلحة في افتاتون عمل به ، ومن تصور فيه مفسدة نبذوه وفي ذلك انتهى الاضطراب والتخبط^(٢) •

لذلك وجدنا أئمة فقهاء الشريعة الاسلامية مجمعين على رفض هذا

(١) - نقل ذلك المحقق الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه « مالك » الذي أصدره سنة (١٣٦٥) هـ ، وعد فيه الطوسي من الحنابلة •

ثم لما أخرج الاستاذ أبو زهرة كتابه « ابن حنبل » حقق فيه أن الطوسي شيعي يقول في ذلك بما تقول الشيعة الامامية •

لكن الاستاذ الكبير السيد عبد الحسين شرف الدين شيخ علماء الشيعة الامامية جيل عامل كتب مقالته في مجلة العرفان (عدد وجب / ١٣٧٣ / هـ) يرى فيه من مذهب الامامية من رأي الطوسي ، ويعدّه من الفلاة (ر : المدخل الى علم أصول الفقه » للزميل الاستاذ المحقق معروف الدواليبي ص/ ٢١٦ - ٢١٧ / الطبعة الثانية •

(٢) - ر : « المدخل الى علم أصول الفقه » ايضاً ص/ ٢١٦ - ٢١٩ •

الغلو ؟ ورأينا أن الذين أخذوا بقاعدة الاستصلاح قد أقاموا في طريق تمييز المصلحة من المفسدة ، وتحديد حدودهما ، ضوابط كافية بهذا التمييز والتحديد مستمدة من مقاصد الشرع العامة التي تسمى اليوم : **غرض الشاوع** ، وذلك لمنع الفوضى في انهم واتقدير ، لأن المصلحة والمفسدة يجب تحديدهما وفقاً لنظر الشرع واعتباره ، لا للنظر الذاتي أو الفردي كما سلف بيانه (ر : / ف ٢٥ - ٣٦) •

وقد رأينا أيضاً أن في طليعة تلك الضوابط التي أقيمت لمنع التخبط من طريق الاستصلاح أن تكون المصلحة المبني عليها الحكم **مصلحة مرسلة** ، أي لا يوجد في الشريعة نص عليها أمر أو ناه ، يتناولها بعينها أو نوعها وأن يكون فيها دعم لاحدى الزمر الثلاث من الاحكام المنظمة للحياة الاجتماعية وهي

الضروريات ، والحاجيات ، والتحسينيات •

فإذا عارض المصلحة نص شرعي فالعلماء عندئذ لا يرجحونها على النص ترجيحاً مطلقاً (كما يريد الطوفي) ، بل لهم تجاهها موقف تفصيلي سنراه قريباً (ر : / ف ٣١ - ٣٥) •

هنا مقام الاستحسان والاستصلاح في هذه الاجتهادات الاربعة^(١) ولا شك أن الاخذ بالنهاج الذي سلكه فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة يجعل الشريعة الاسلامية خصبة مثرية منتجة مشبعة لحاجات الناس في كل عصر وفي كل مكان^(٢) (ر : كتاب « مالك » قسم

(١) - مما يلاحظ في هذا الشأن أن الامام الشافعي تلميذ الامام مالك ، وابن الامام احمد بن حنبل تلميذ الشافعي •

(٢) يقول القرافي المالكي في كتابه « تنقيح الفصول » ص (٢٠٠) : « المصلحة المرسلة غيرنا يصرح بانكارها ، ولكنهم عند التفريع تجددهم يعللون بمطلق المصلحة ، لا يطالبون انفسهم عند الفروق

٢ ف/ ١٨٧ و ١٨٨) •

• ٦/٣ - ملاحظة :

يقول الاستاذ الجليل الشيخ محمد ابو زهرة في كتابه « ابن حنبل ،
بأن الحنفية كالشافعية لا يتمدون المصالح المرسلة ، وليس لها في

→

والجوامع ببدء الشاهد لها بالاعتبار ، بل يهتمون على مجرد
المناسبة - أي كون الشيء أنسب وأوفق - ، هذا هو المصلحة
المرسلة » •

(ر : كتاب « مالك » للاستاذ أبي زهرة ، القسم الثاني ، ف/ ١٧٤
و ٢٠٩) •

وقد اوضح الامام الشاطبي في كتابيه « الموافقات » و « الاعتصام »
وكذا غيره من الفقهاء الاصوليين للنظر ، أن أحكام الشريعة قسمان :

الاول - ما يتعلق بشؤون الآخرة ، وهو العبادات •
والثاني - ما يتعلق بتنظيم شؤون الدنيا ، وهو ما سوى العبادات من
الامور المادية والتعاملية ونحوها •

- فالقسم الاول ، هي العبادات ، لا يسوغ للبحث فيه عن الملل
والمصالح لربطه بها ، وانما الامر فيه مبني على الاتباع التبعدي •

- واما القسم الثاني ، وهو الذي يتكون منه تشريع النظم والتعاملية ،
فانه معلل بمصالح العباد ، ومرتبطة بالمعاني المصلحية في هذه الحياة كما
تفيده نصوص الشريعة نفسها •

وقد توسع الامام مالك رضي الله عنه في النظر الى تلك الملل والمعاني
المصلحية في هذا القسم ، حتى قال فيه بقاعدة للمصالح المرسلة
وبالاستحسان ، وثبت عنه انه قال : « الاستحسان تسعة اعشار العالم »
(ر : الموافقات ٢/ ٣٠٧) •

وكتاب الموافقات هذا للامام الشاطبي «ابراهيم أبي اسحق الفرائضي
المتوفى سنة (٧٩٠) للهجرة هو اجل كتاب عرفناه في اصول الفقه ومقاصد
الشريعة ، أتى فيه مؤلفه الموفق رحمه الله بمجائب التفكير السديد والبصر
الفقهي والاسلوب المبتكر ، وهو أربعة أجزاء •

الاستدلال عندهم اعتبار ، وان كان الاستحسان عند الحنفية يفتح بابا قليلا لها • (كتاب « ابن حنبل » ص/ ٣٠٣) •

وقد سبقه الى هذا الأمدي في كتابه « اصول الاحكام » •

ولكننا لا نرى هذا الحكم صوابا فالحقيقة بالنسبة الى الحنفية خلافه وهم متفقون مع المالكية كما ينأ عندنا صنفنا الاجتهادات بالنسبة الى الاستحسان والاستصلاح •

فقد تقدم أن الاجتهاد الحنفي قد أسس نظرية الاستحسان الذي هو كما رأينا خروج عن النظائر والقواعد القياسية العامة لوجهة أقوى أو لضرورة تقتضي مصلحة أو تدفع مفسدة •

فاذا كان الحنفية يقولون باعتبار المصلحة ، والخروج لاجلها استحسانا عن طريق القواعد القياسية اذا عارضتها ، فانهم يوجبون اعتبار المصلحة المرسله وبناء الاحكام على مقتضاها بطريق الاولوية عندما لا تعارضها القواعد القياسية • وهذا هو معنى الاستصلاح كما تقدم في الفرق بين الاستحسان والاستصلاح •

فلا يقل أن من يقول بالاستحسان لا يقبل بالاستصلاح ، لأن الاستحسان هو نهاية الشوط ؟ فمن بلغها فقد اجتاز ما دونها حتما (ر : « المدخل الى علم أصول الفقه » ، للاستاذ الدكتور معروف الدواليبي ص/ ٢١٤ و ٢٨٧ - ٢٨٨ / الطبعة الثانية) •

ولعل سبب هذا الاشتباه هو أن اسم المصالح المرسله قد ظهر وشاع في اصطلاح المالكية بعد أن ظهر وشاع اسم الاستحسان في اصطلاح الحنفية • فاختلاف الاسم كان مدعاة لهذا الاشتباه والظن •

فالفارق في نظرنا بين الحنفية والمالكية في هذا الموضوع انما هو اختلاف في الاصطلاح ، لا خلاف في الاستصلاح^(١) .

٣٩ - تعارض المصالح المرسله مع نصوص الشريعة :

وأينا فيما سلف من تعريف المصلحة المرسله أنها هي التي تنفق والمقاصد العامة للشريعة ، دون أن يكون هناك نص شرعي عليها أو على ما يمثلها بحيث يمكن أن تقاس عليه .

فالمفروض اذن في الامور والاحكام انسي بينها الاجتهاد الفقهي على قاعدة المصالح انه لا يوجد نص شرعي يأمر بها ، أو يأمر بأمر تجتمعها به علة مماثلة بحيث يمكن أن تقاس عليه ؛ اذ لو كان مثل هذا النص موجودا في الموضوع لكان الحكم المطلوب مضافا اليه أو الى القياس المبني عليه ، لا الى مجرد المصلحة التي اوجب الشرع الاسلامي رعايتها بوجه عام (ر : ف/٢٣) .

ولكن العكس ممكن التصور والوقوع ، وهو أن يفترض سبيل المصلحة المتفقة مع مقاصد الشريعة نص شرعي مانع ، فهل يعمل عندئذ بالنص دون المصلحة أو بالمصلحة دون النص ، ما هو الموقف الفقهي في ذلك ؟

ان النصوص الشرعية نوعان :

(١) والتمثيل الصحيح في نظرنا بين الحنفية والمالكية في هذا الموضوع هو ان النظر الى المصالح في بناء الاحكام الشرعية نظير طريق أحد راسيه الاستحسان ، والآخر الاستصلاح ، بالمعنى المشروح فيهما :

فالحنفية دخلوا من باب الاستحسان الى الاستصلاح ، والمالكية بالعكس ، وكل منهما اشتهر بالباب الذي دخل منه .

- نصوص خاصة ترد عن الشارع في أشياء محدودة ، وحالات معينة مخصوصة فتأمر بها أو تنهى عنها بخصوصها^(١) .

- ونصوص عامة ذات شمول واحاطة يدخل تحت حكمها أمور وحالات وأفراد كثيرة متجاسة^(٢) .

ثم ان النص الشرعي قد يكون قطعيًا في دلالاته على المعنى المراد ، وفي ثبوت نقله عن الشارع ؛ وقد يكون غير قطعي في احدى هاتين الجهتين : أي الدلالة ، أو الثبوت^(٣) .

٣٢ - (أ) - المصلحة تجاه النص القطعي :

فإذا كان النص قطعيًا في دلالاته وثبوتاته لا يتصور أن تعارضه

(١) كنهى النبي عليه السلام عن خطبة الانسان على خطبة اخيه ، أو سومه على سومه اخيه . أي لا يجوز لاحد ، اذا رأى غيره يخطب امرأة للزواج ، أو يسلموم باثما على شيء ليشتريه منه ، أن يأتي هو فيزاحمه على الخطبة أو الشراء ، بل عليه أن ينتظر ، فاذا لم يتم الاتفاق بين الطرفين تقدم هو للطلب .

(٢) كنهى النبي عليه السلام عن بيع الغرور (بفتحين) ، أي بيع الأشياء الاحتمالية غير المحققة الوجود أو الحدود ، لما فيه من مضاربة وتضليل يجعله أشبه بالتجارة ، كبيع ضربية القناص أو الفناص ، أي ما ستخرجه شبكة الصياد من سمك ، أو غوصة الفواص من لؤلؤ . فهذا نص عام يدخل تحته جميع أنواع الغرور . (وانظر ما سيأتي في معنى النص العام ف/ ٥٠٩) .

(٣) ومن هذا القبيل ، أي غير القطعي ، جميع النصوص العامة في القرآن أو في السنة النبوية في نظر معظم أئمة الفقه الاسلامي سوى الحنفية ، فان النص العام هو في نظر جمهور الأئمة غير قطعي الدلالة بسبب عمومته . وكلنا نصوص الحديث النبوي الثابتة برواية الأحاد ولو بطرق صحيحة ، فانها عندهم غير قطعية الثبوت بوجه عام ولو كانت قطعية الدلالة على المعنى المراد .

مصلحة تقتضي خلافه ، لأن معيار المصلحة هو النظر الشرعي •

فما نلقه مصلحة بنظرنا الخاص وهو معارض لنص قطعي هو عندئذ مفسدة في نظر الشارع من وجوه أخرى راجحة • فلا شك في لزوم العمل بالنص دون هذه المصلحة الموهومة • وهذا متفق عليه بين أئمة فقهاء الشريعة ، إلا بعض شذوذات فردية من أناس لا يعول عليهم كسليمان الطوفي من غلاة الشيعة •

مثال ذلك أن القرآن قد أوجب على المرأة المتزوجة ، عند انحلال الزواج بالطلاق ، أن تترى (أي تنتظر دون زواج جديد) مدة ثلاثة أدوار طهية ان كانت تحيض ، أو ثلاثة أشهر ان كانت لا تحيض •

وعند التأيم ، أي انحلال الزواج بوفاة الزوج ، أوجب عليها أن تترى كذلك أربعة أشهر وعشرة أيام • وإذا كانت المرأة حاملا فمدتها تمتد حتى وضع الحمل في جميع الأحوال • وذلك لاعتبارات شرعية أهمها صيانة الأنساب من الضياع بالاختلاط ؛ لأن المرأة اذا تزوجت ائثر انحلال الزواج السابق ثم ظهر بها حمل فانه لا يعرف من أي الزوجين هو ؟

فهذا نص قطعي الدلالة والثبوت في وجوب العدة وفي المدة •

فهما تصور أحد من مصلحة في احوال العدة أو في نقص مدتها لا ينهض ذلك حجة في وجه هذا النص القاطع ، ولا يصح زواج المرأة قبل انقضاء عدتها ، لأن مراد الشارع واضح كل الوضوح من النص ، وهو لم يهمل اعتبار المصلحة التي تتصورها في الموضوع إلا لأنه يرى في مقابلها مفسدة أعظم منها • وقد قدمنا أن كل أمر فيه جهتا نفع وضرر ، وانما العبرة للجهة الراجحة (ر : ف ٢/٣٦) •

٢/٣٢ - (ب) - المصلحة تجاه النص غير القطعي :

أما إذا كان النص غير قطعي في دلالاته أو في ثبوته فإن الاجتهادات مختلفة في جواز تقييده وتخصيصه بالمصلحة عند التعارض :

١ - فالاجتهادات التي تشجب نظريتي الاستحسان والاستصلاح وترفضهما ، كالاجتهاد الشافعي ، لا تقبل تخصيص النص - ولو كان غير قطعي - بالمصلحة ، لأن من يرفض تحكيم المصلحة المرسلة عند فقدان النص ، فمند مراضة النص لها يرفضها بطريق الاولوية .

لكن إذا اعترض سبيل تطبيق النص ضرر عارض فمندئذ تحكم قاعدة الضرورات ، واختيار أهون الشرين ، فإن الضرورات تبيح المحظورات .

ويرى الامام الغزالي في هذا المقام أنه إذا طرأت ظروف عارضة تقتضي المصلحة فيها مخالفة النص الشرعي ، وكان يترتب على التمسك بالنص ضرر عام محيط فإن رعاية المصلحة هنا على خلاف مقتضى النص واجبة ولا يمكن الاختلاف فيها .

مثال ذلك ما لو ترس الأعداء المحاربون بجماعون من أسرانا الذين في أيديهم ، وكان يخشى من ترك الأعداء أن يظهروا علينا ، فانه يجوز بل يجب رميهم بالسلاح وان ترتب عليه قتل من ترسوا بهم من جنودنا المصومة دماؤهم بالنص القرآني القاطع . (المستصفي للغزالي بحث الاستصلاح) .

وهذا مثال متفق عليه وقد نص عليه فقهاء المذهب الحنفي ، وعللوه بأننا إذا لم نضرب حرصا على أرواح من ترسوا بهم من أسرانا تمكن العدو بذلك من الاستيلاء علينا ثم يقتلهم ويقتلنا . فالتضحية بالأسرى

لدفع العدو وانتفاذ الناس أهون الشرين • ولكن من حيث النية يجب عندئذ على الرماة في حكم الديانة أن يقصدوا بالرمي العدو ، لا من ترس بهم من جماعتنا • (ر : الدر المختار ورد المختار ٣/٢٢٣) •

فأنت ترى أن الشافعية يشترطون للمعمل بالصلحة على خلاف مقتضى النص أن تصل المصلحة الى درجة الضرورة تطبيقا لقاعدة أهون الشرين في الظروف الطارئة الاستثنائية • وهذا كما قلنا محل اتفاق حتى تجاه النصوص القطعية • أما في الحالات العادية العامة التي هي محل بحثنا فلا مجال عندهم للتقدير الاستصلاحي •

٢ - أما الاجتهادات التي تأخذ بنظرية الاستصلاح ، ففيها اتجاهان :

الاتجاه الاول - لا يقبل تخصيص النص بمقتضى المصلحة المرسله ولو كان النص غير قطعي ، وهذا هو اتجاه الاجتهاد الحنبلي •

فدلالة النص وعمومه مقدمان في مذهب احمد بن حنبل على النظر الى المصلحة ، لأن محل النظر اليها انما هو عند فقدان النص ، ولا مجال للنظر اليها عند وجوده • (ر : كتاب « ابن حنبل » للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ص (٣٠٣) و « المدخل الى علم اصول الفقه » للاستاذ الدكتور معروف الدواليبي ، ص ٣١٥ / الطبعة الثانية) •

والاتجاه الثاني - يرى اصحابه ان المصلحة تخصص النص عند التعارض • أي انهم يرون اعمال النص في الحالات التي لا يتنافى فيها مع تلك المصلحة المارضة ، اذ يرون في هذه المصلحة الموزونة بالمقاييس الشرعية دليلا على ان الشارع انما يريد بنصه أن يطبق فيما لا تقتضي المصلحة خلافه^(١) •

(١) يجب ان يلاحظ هنا ان تخصيص النص التشريعي ليس تغييرا

٣/٣٢ - ويتجلى هذا الموقف في تخصيص النص غير القطعي بمقتضى المصلحة عند التعارض في الاجتهادين الحنفي والمالكي بصورة خاصة ، كما نرى فيما يلي :

٣٣ - في المذهب المالكي :

فالاجتهاد المالكي ، وهو المشهور باعتماد المصالح المرسله أكثر من غيره ، من المقرر فيه أن المصلحة تخصص النصوص غير القطعية - ومنها النصوص العامة جميعا في نظر المالكية - عند التعارض •

ومن امثلة ذلك عند المالكية ما لو ادعى أحد على آخر مالا وعجز عن الاثبات ، وطلب تحليف المدعى عليه اليمين ، فإن مالكا لا يوجب تحليف المدعى عليه الا اذا كان بينه وبين المدعي خلطة ، نظرا للمصلحة ودرءا للاستغلال الباطل ، كي لا يتجرأ السفهاء على الفضلاء فيجروهم الى المحاكم بدعاوى كاذبة موهومة أمام الناس ، فيستقلوا كراهمتهم للحلف ليلتروا أموالهم افتداء من اليمين •

وهذا عندهم تخصيص بمجرد المصلحة لنص الحديث النبوي القائل :
البينة على المسعي واليمين على من انكر (ر : رسالة العرف والعادة للاستاذ الشيخ محمد فهمي أبي سنة ص / ٩٧) •

وفي المذهب المالكي أبشلة أخرى على تخصيص نصوص القرآن والسنة بالمصلحة لا حاجة لسردها هنا • وبعضها سيأتي ذكره في « نظرية العرف » وأواخر هذا المدخل (ر : ف / ٥٢٠) •

للحكم المقرر فيه ، لأن التغيير نسخ لا يملكه الا من له حق التشريع ، وإنما التخصيص عند علماء اصول الفقه هو : قصر النص على بعض ما يشمله لفظه على سبيل التفسير والبيان لمراد الشارع ، لا على سبيل التغيير •

والشهور بين الباحثين أن المذهب المالكي هو الذي يرى تخصيص النصوص بالمصلحة عند التمازض ، دون المذهب الحنفي . وهذا أيضا رأي الأستاذ الشيخ محمد ابني زهرة في كتابه « مالك » و « ابن حنبل » .

ولكن هذا في نظرنا خلاف الواقع ، فان فروع مذهب الحنفية والاحكام التي قرروها فيه ، تشهد بأنهم سبقوا الاجتهاد المالكي في تخصيص النصوص بالمصلحة المرسله ، كما يتضح مما يلي :

٣٤ - في المذهب الحنفي :

١ - ورد في السنة أن النبي عليه السلام سئل عن الشهادة فقال للسائل : هل ترى الشمس ؟ قال : نعم فقال : « على مثلها فاشهد او دع (١) » .

وهذا بظاهره يوجب الميان في تحمل الشهادة في جميع الشؤون عامة ، ويحظر على الانسان أن يشهد أمام القضاء بأمر لم يشاهده وإنما سمع به من غيره .

وقد قرر الفقهاء بناء على هذا عدم قبول شهادة التسامع في اثبات الحقوق .

لكن فقهاء الحنفية رأوا أن هناك موضوعات تقتضي المصلحة فيها قبول شهادة التسامع ، لأن اشتراط العيان فيها متمذر أو غير متيسر ، فيضيق هذا الاشتراط حقوقا هامة لا يسوغ الشرع التفریط فيها ، فقرروا قبول شهادة التسامع في أمور عديدة ، منها اثبات أصل

(١) أخرجه البيهقي في سننه ، والحاكم في كتاب الاختكام من « المستدرک » وصححه . ولكن ضعفه الذهبي والنسائي (ج : ٢) نصب الرأية لاحاديث الهداية « للحافظ الزيلعي ، كتاب الشهادات » .

الوقف ، أي اثبات ان هذا العقار موقوف وليس ملكا لصاحب اليد عند الاختلاف في وقفته وملكيته .

وقد عللوا ذلك بأن المصلحة تقضي بقبول شهادة السامع هنا استحسانا على خلاف القياس للضرورة ، وذلك صيانة للاوقاف القديمة عن الضياع ، لأن الوقف اذا تقادم ولم تكن عقاراته مسجلة في سجل المحكمة ، أو فقد سجلها ، لا يبقى ممكنا اثبات وقفتها لانقراض الشهود الذين شهدوا على عبارة الواقف حينما وقف الوقف . فيتجرأ كل انسان على غصب الاوقاف القديمة وادعاء ملكيتها دون امكان اثبات وقفتها اذا اشترطنا البيان . فلذا قبل شهادة السامع في هذا الاثبات ، وذلك بأن يشهد الشاهد بالوقفية استنادا الى ما يسمعه من الناس الثقات ، ولو أنهم أيضا سامعون من مثلهم وغير معينين^(١) .

ومما قبل فيه أيضا فقهاء الحنفية شهادة السامع : اثبات النسب ، والوفاة والدخول بالزوجة ، الى عشرة مواضع مينة في كتبهم^(٢) ، فخصصوا بذلك نص الحديث النبوي الذي يوجب البيان في تحمل الشهادة ليصبح أداؤها . وليس لهم دليل أو تحليل في هذا التخصيص الا المصلحة المرسله .

٢ - ورد أيضا في الحديث النبوي الثابت أن النبي عليه السلام

(١) يلحظ في هذا المقام انه بعد انشاء السجل العقاري في بلادنا أصبحت قيوده هي المعول عليها في اثبات الملكية والوقفية وغيرها من الحقوق المعنية في العقارات المسجلة فيه .

(٢) ترى هذه المواطن التي قبلوا فيها شهادة السامع في كتابي احكام الاوقاف ، ف/١٣٤/ وفي شروح المادة (١٦٨٨) من المجلة وفي رد المحتار لابن عابدين ٣٧٥/٤ .

- نهى عن بيع الانسان ما ليس عنده ، وهي قضية بيع المدوم ؛ كما نهى أيضا عن بيع الفرر ، وقد تقدم بيان معناه (ر : ف / ٣٩ / الحاشية) •

لكن فقهاء المذهب الحنفي خصصوا هذين الحدين ، فجوزوا بيع المواسم الثمرية في الكروم وسائر الاشجار ذات الثمار المتلاحقة^(١) ، متى ظهر بعض هذه الثمار فقط وبدا صلاحها ؛ وذلك لأن المصلحة تقضي بتجوز هذا ابيع لحاجة الناس اليه •

وفي هذا التجوز تخصيص للحدين المذكورين ، فان الثمار التي ستوجد مدومة وقت البيع ، ففيها بيع المدوم ؛ كما أن كميتها احتمالية لا يمكن تحديدها وقت البيع ؛ ففيها نوع من الفرر •

٣ - قرر فقهاء المذهب الحنفي قبول شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه الا النساء فقط ، كالجرائم التي تقع في حماماتهن ، وكشهادة القابلة على الولادة وتعيين الولد عند النزاع فيه •

وبذلك قد خصصوا نصوص القرآن والسنة التي تشترط في الشهادة عنصر الذكورة بأن يكون شهود الاثبات رجالا فقط ، أو رجالا ونساء معا •

وهذا التخصيص أيضا بمقتضى المصلحة ، اذ بدونه تضيع هذه الحقوق • وقد رأينا أن صيانة الحقوق مصلحة شرعية من الضروريات الخمس التي سلف ذكرها (ر : ف / ٢٩) •

(١) المراد بالمتلاحقة التي لا تتخذ على اشجارها دفعة واحدة ، بل كلما قطعت اختلفت ، كالعنب ، وكل الخرشوف المسمى في بلاد الشام باليوم (انكلر) أو (شوكي) •

٣٥ - يتضح بهذه الشواهد التي أوردناها من المذهب الحنفي أن فقهاء يبنون تخصيص النصوص الشرعية بالمصلحة المرسله ، خلافا لما يرى الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه « ابن حنبل » من أن الحنفية يختلفون عن المالكية في ذلك .

هذا ، وقد أطلنا وتوسعنا في بحث الاستحسان والمصالح المرسله لأنني رأيت الحاجة الزمنية داعية الى بحث هذين المصدرين العظيمي الشأن في الفقه الاسلامي بصورة مستوفاة منسقة في هذا العصر ، كي يعلم ما في الفقه الاسلامي من مبان وأصول ونظريات تأسيسية سمحة خصبة تنسج للاستخراج والاستنتاج في شتى نواحي الاحتياج التشريعي (١) .

الفرع الثالث

العرف

٣٦ - معنى العرف لغة واصطلاحاً :

العرف ، بضم العين ، هو في أصل اللغة بمعنى المعرفة .

(١) وقد نقلنا في الطبعة الرابعة وعلقنا عن بعض كتب ظهرت بعد الطبعة الثالثة من هذا المدخل ككتاب « ابن حنبل » للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، وكتاب « المدخل الى علم أصول الفقه » للزميل الأستاذ الدكتور معروف المواليتي (الطبعة الثانية) ، فقد ألدنا منهما بعض ملاحظات جديدة في بحث المصالح المرسله استلحقناها في الطبعة الرابعة التي توسعنا فيها بحث الاستصلاح وجعلناه أغنى بالشواهد والأمثلة الفقهية .

ثم استعمل لفظة بمعنى الشيء المعروف المألوف المستحسن الذي تلقاه
العقول السليمة بالقبول •

وعليه قوله تعالى :

« خذ العفو^(١) وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين » •

أما في الاصطلاح الفقهي فإن العرف هو :

« عادة جمهور قوم في قول أو عمل^(٢) »

ومن ثم يسمى أيضا : « عادة » و « تاسلا » •

ويفهم من هذا التعريف أنه لا يتحقق وجود العرف في أمر من
الأمور إلا إذا كان مطردا بين الناس في المكان الجاري فيه ، أو غالبا
بحيث يكون معظم أهل هذا العرف كل منهم يراعاه ويجري على وفقه ؟
كتعارف الناس اليوم مثلا في بلاد الشام أن المهر الذي يسمى للمرأة

(١) معنى « العفو » في أصل اللفظة هو القصد إلى تناول الشيء ،
يقال : عفا فلانا واعتفاه ، إذا قصده للتناول مما عنده • ثم تضمنت المعنى
بالاستعمال ؛ ومن ذلك العفو عن الذنب ، لأن فيه قصدا إلى إزالته عن
صاحبه •

ومعنى « خذ العفو » في الآية : تقبل من الناس ما يسهل قصده
وتناولوه ، والميسور عليهم من خلافهم ، دون تكلف ومشقة • ومثله قوله
تعالى : « يسألونك ماذا ينفقون قل الصو » ، أي قل لهم ينفقوا ما يسهل
عليهم اتفاقه من غير كرائم لحوالهم (ر : مفردات القرآن للراغب الأصفهاني) •

(٢) وضعنا هذا التعريف مستوحى من عدة تعريفات للفقهاء ذكرها
ابن عابدين رحمه الله في رسالته المسماة : « نشر العرف في بناء بعض
الاحكام على العرف » المنشورة في الجزء الثاني من مجموعة رسالته في
الصفحات (١١٤ - ١٤٧) ، ولم نجد تلك التعاريف الماثورة واضحة
ولا وافية •

في عقد النكاح يكون ثلثاه معجلا وثلثه مؤجلا الى ما بعد الوفاة أو الطلاق . فيجب أن يتحقق في تكوين العرف اعتياد مشترك بين الجمهور وهذا لا يكون الا في حالة الاطراد أو الغلبة على الأقل ، والا كان تصرفا فرديا لا عرفا .

وعن هذا وضع الفقهاء القاعدة القائلة : انما تعتبر العادة اذا اطردت أو غلبت (م/٤١) .

٣٧ - شأن العرف بين مصادر الاحكام :

في الحياة الاجتماعية لدى الاقوام الذين لا شريعة عندهم تكون الاعراف والمادات هي الشريعة التي يحتكم اليها .

ومن ثم نعلم ما للعرف من حاكمية قديمة بين البشر .

وبما أن بعض الاعراف قد تكون في ذاتها حسنة عادلة أو قبيحة جائرة ، كان من جملة أهداف الشرائع التي تسن أن تقرر العرف الحسن وتنهى عن القبيح^(١) .

(١) يمد علماء القانون مصادر الشرائع الوضعية - أي القوانين التي تضعها الأمم لانفسها - خمسة ، هي :

(١) العرف (٢) الدين (٣) آراء الفقهاء وشرح القوانين (٤) اجتهاد

القضاء ، أي احكام المحاكم (٥) قواعد العدل والانصاف

فمن هذه المصادر الخمسة تستمد الاحكام الوضعية التي تصاغ قوانين يلزم بها الناس ويجري عليها القضاء بينهم ، كما يرجع اليها القضاء فيما لم تتناول القوانين بالنص .

هذا ويلحق ابن الاحكام التي تستمد من العرف مزيتين :

احدهما - إن الناس يكونون على علم سابق بها في معاملاتهم فيقل

اختلافهم . لأن جهل الناس بالاحكام مما يولد المشكلات بينهم .

والثانية - إن تلك الاحكام تكون متوفرة مستساعة ومقبولة ، لانهم

قد اعتادوها قبل ان تصبح قانونا .

والعرف والمعادن الى اليوم تعد في نظر الحقوقيين مصدرا من أهم المصادر للقوانين الوضعية ذاتها ، فيستمد منه واضعوها كثيرا من الاحكام المتعارفة ، ويرزونها في صورة نصوص قانونية يزال بها الغموض والابهام الذي لا يجليه العرف في بعض الحالات •

والشريعة الاسلامية كذلك جاءت فأقرت كثيرا من التصرفات والحقوق المتعارفة بين العرب والاسلام ، وهذبت كثيرا ، ونهت عن كثير ، كما أتت بأحكام جديدة استوعبت بها تنظيم الحقوق والالتزامات بين الناس في حياتهم الاجتماعية على أساس وفاء الحاجة والمصلحة والتوجيه الى أفضل الحلول والنظم ، لأن الشرائع الالهية انما تبني بأحكامها المدنية تنظيم مصالح البشر وحقوقهم ، فتقر من متعارف الناس ما تراه محققا لفايتها ، ملائما لأسسها وأساليبها •

٣٨ - الدليل الشرعي على اعتبار العرف :

يذكر بعض العلماء من الادلة الشرعية في الاسلام على اعتبار مكانة اعرف الفقهية في اثبات الاحكام قوله تعالى في الآية السالفة البيان : « خذ العفو وامر بالعرف واعرض عن الجاهلين » •

ولا يخفى ان العرف في هذه الآية واقع على معناه اللغوي وهو الامر المستحسن المؤلف ، لا على معناه الاصطلاحي الفقهي • ولكن توجيه هذا الاستدلال هو ان العرف في الآية ، وان لم يكن مرادا به المعنى الاصطلاحي ، قد يستأس به في تأييد اعتبار العرف بمعناه الاصطلاحي ، لأن عرف الناس في أعمالهم ومعاملاتهم هو مما استحسنوا وألفته عقولهم • والغالب ان عرف القوم دليل على حاجتهم الى الامر المتعارف فاعتباره يكون من الامور المستحسنة •

ومعظم العلماء يستدلون على مكانة العرف الفقهية في بناء الاحكام

الشرعية بأثر قد روي موقوفا^(١) عن عبد الله بن مسعود ، وهو من كبار فقهاء صحابة الرسول عليه السلام ، أنه قال : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » .

٣٩ - سلطان العرف في الفقه الاسلامي اجمالا :

ان للعرف في الفقه الاسلامي اعتبارا شرعيا في بناء كثير من أنواع الاحكام التي سنرى بيانها مفصلا في بحثنا عن نظرية العرف في الفقه الاسلامي ، آخر القسم الثاني من هذا المدخل الفقهي .

والاجتهادات الفقهية في الاسلام متفقة على هذا الاعتبار للعرف ، وان كان بينها شيء من التفاوت في حدوده ومداه .

وقد أقام الفقهاء ، وخاصة منهم رجال المذهب الحنفي ، كبير وزن للعرف في ثبوت الحقوق وانتفاؤها بين الناس في نواح شتى من المعاملات وضروب التصرفات ، واعتبروا العرف والعادة أصلا هاما ومصدرا عظيميا واسما تثبت الاحكام الحقيقية بين الناس على مقتضاه في كل ما لا يصادم نصا تشريعا خاصا يمنعه .

فالعرف في نظرهم دليل شرعي كاف في ثبوت الاحكام الالزامية

(١) الاثر الموقوف هو الذي يتكلم به الصحابي دون ان يستنده الى النبي صلى الله عليه وسلم .

ومن المقرر ان الاثر الموقوف اذا كان يتضمن أمرا تشريعا فإنه يعتبر كحديث مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم لان الصحابي لا يستطيع ان يقوله برأيه .

وبعض الفقهاء يرفع هذا النص الى انبيى صلى الله عليه وسلم ولكن التحقيق انه أثر معروف عن ابن مسعود . وقد رواه الامام أحمد بن حنبل في مسنده موقوفا عليه : (ر : أول رسالة) نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف « لابن عابدين » .

والالتزامات التفصيلية بين الناس ، حيثما لا دليل سواء ؛ بل انه يترك به القياس اذا عارضه ، لأن القياس المخالف في نتيجة للعرف الجاري يؤدي الى حرج ، فيكون ترك الحكم القياسي والعمل بمقتضى العرف هو من قبيل الاستحسان المقدم على القياس •

اما اذا عارض العرف نصا تشريعيآ آمراً بخلاف الامر المتعارف ففي اعتبار العرف وعدمه ، وفي محل هذا الاعتبار ودرجته ، تفصيل لا يتسع له هذا المقام ، وسنبحث في محله من نظرية العرف ، كما سنرى هناك أنواع العرف وتقسيمه الى لفظي وعملي •

• ٤ - أهم القواعد الفقهية في العرف وسلطانها :

هذا ، وقد أثبت الفقهاء قواعد في العرف والمادة كانت أساسا وضوابط لكثير من الاحكام الفرعية القائمة على العرف • وذكرت المجلة طائفة منها في المواد / ٣٦٦ و ٣٧ و ٣٩ و ٤٠ و ٤٥ / •

ومن أهم هذه القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف القواعد التالية :

١ - « العادة محكمة » ^(١) (المجلة / ٤٠) •

٢ - « الحقيقة ترك بدلالة العادة » ^(٢) (م / ٤٠) •

(١) محكمة : بتشديد الكاف المفتوحة ، اسم مفعول من التحكيم ، أي ان العرف يجعل حاكما في اثبات الاحكام الشرعية والالتزامات بين الناس على وفقه ، ويلزمهم بها قضاء •

(٢) هذه القاعدة تتعلق بالعرف اللفظي الذي سيأتي بيانه في نظرية العرف •

ولمراد بالحقيقة هنا المعنى الاصلي للفظ في مقابل المعنى المجازي • أي ان الفاظ الناس في اقوالهم وتصرفاتهم تحمل على معانيها المتعارفة بينهم ، لا على معانيها الحقيقية في اصل اللفظة •

٣ - « استعمال الناس حجة يجب العمل بها » (م/٣٧) •

٤ - « المروف عرفا كالشروط شرطا » (م/٤٣) •

٥ - « التعين بالمرف كالتعين بالنص » (م/٤٥) •

٦ - « لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان » (م/٣٩) •

وسيأتي شرح هذه القواعد ، مع بقية القواعد الكلية ، في القسم الثالث الاخير من هذا المدخل •

وانظر في موضوع هذه القاعدة الاخرة ما تقدم في بحث الاستصلاح (ف ٣/٣٧) وما سيأتي آخر نظرية المرف « ف/٥٣٩ - ٥٥٣ » •

وعلى أساس هذه القواعد فرع الفقهاء وقرروا ما لا يحصى من فروع الاحكام في مختلف الابواب الفقهية والمعاملات :

أ - فتقسيم مهر المرأة مثلا الى معجل ومؤجل في الزواج ، ومقدار كل منهما اذا لم يبين في عقد النكاح يرجع فيه الى المرف •

ب - وتقسيم ثمن المبيع وأجرة المأجور اذا لم يصرح به الماعقدان وكان فيه عرف جار في بلدة العقد ، يلزم فيه الطرفان بحكم المرف •

ج - وما يمد في المبيع عيبا مسوغا لفسخ البيع أو لا يمد عيبا انما يحكم فيه المرف •

د - وتجاوز المستأجر الحدود الجائزة له في استيفاء منفعة المأجور حتى يشتر متعديا ضامنا قيمته اذا تلف انما ميزاته المرف •

هـ - وكيفية حفظ الوديعة مما يمد به الوديع مقصرا في حفظها

فيضمن ان ضاعت ، أو غير مقصر فلا يضمن ، انما يعتبر أيضا فيه العرف .

و - واختلاف المعلم مع التلميذ العامل في الصناعات أيهما يستحق على الآخر أجرا يرجع فيه الى عرف البلدة (المجلة / ٥٩٦) .

ز - وكذا في الاجارة كل ما كان من توابع العمل ولم يشترط على الاجير يعتبر فيه عرف البلدة (المجلة / ٥٧٤) .

الى غير ذلك من القضايا التي لا تنتهي ، مما ملئت به فصول الفقه ، وجعلوا للعرف فيه السلطان المطلق في الحكم .

وغني عن البيان أن ما بني من الاحكام على العرف يتبدل بتبدل العرف . ولذا وضعت القاعدة السالفة الذكر : « لا يتغير الاحكام بتغير الزمان » .

هذا ، وبما أننا سنفرد لنظرية العرف وما فيها من أصول وفروع بحثا مستقلا في القسم الثاني المخصص للنظريات الفقهية العامة من هذا الجزء ، لذلك نجتزئ هنا بهذه لفكرة الاجمالية عن العرف وموقعه في مصادر الفقه الاسلامي ، محيلين بالتفصيل على بحث نظريته في موطنها المشار اليه .

٤١ - هذه هي مصادر الفقه الاسلامي الاصلية ، وأهم المصادر التبية ، عرضنا في هذه المقدمة ما يجب أن يعرف الطالب عنها .

فكل حكم فقهي مما دونه الفقهاء في مختلف المذاهب لا بد أن يكون مستندا الى احدها .

هذا ، ومن العلماء من يرد المصادر كلها الى الكتاب والسنة باعتبار

أن الاجماع في الواقع لا بد أن يستند الى أحدهما ، وأن القياس أيضا يرجع الى علة النص في المقيس عليه ، فيدخل في دلالة ذلك النص .

بل منهم من يرد المصادر كلها الى الكتاب فقط ، لانه هو الأمر بتقبل السنة ، وهي لا تخرج عن أسسه .

وهذا الرأي صحيح في ذاته لكنه لا يلاقي ما نحن بصدده ، فهو لا ينظر الى نوع الدليل الخاص المباشر المستند اليه في اثبات الاحكام ، وانما ينظر الى منشأ اعتبار هذا الدليل ؛ ولا شك أن منشأ الاعتبار في الجميع انما هو القرآن ، ومع هذا لا يصح أن نقول مثلا : ان توريث الجد أو الجدة فريضة السدس انما ثبت بنص القرآن ، بل انما ثبتت فريضة الجد في الميراث مع الابن عند عدم الاب بالاجماع ، وثبتت فريضة الجدة بالسنة ، لان القرآن لم يتضمن شيئا من ذلك كما تقدم (ف/ ٨٧) .

الفصل الثالث

الترتيب التاريخي ، والاعتباري

لمصادر الفقه الاسلامي

٤٣ - ١ - الترتيب التاريخي :

ان تلك المصادر الاربعة الاساسية للفقه الاسلامي لم تنشأ كلها معاً في تاريخ واحد .

فقد كان في عصر الرسالة مرجع الاحكام كلها الى الكتاب والسنة التي تنجلي في بيان الرسول وأفضيته عليه السلام . وكل اختلاف فمرده اليه .

لذلك لم يكن ثمة من مجال لتصور اجماع .

أما القياس فقد كان يلجأ اليه بعض الصحابة فيما يحدث لهم وهم يمدون عن النبي في اسفارهم أو قبائلهم أو أعمالهم ، ويسمونه فهماً ، أو رأياً ، أو اجتهداً^(١) ، كما سماه الامام الشافعي في رسالة الاصول .

(١) عندما يرسل النبي (ص) معاذ بن جبل الى اهل اليمن سألهم :
يم تحكم ؟ قال معاذ : بكتاب الله . قال : فان لم تجد ؟ قال : فبسنة رسول
الله . قال : فان لم تجد ؟ قال : اجتهد برأبي . فضرب رسول الله صلى
الله عليه وسلم في صدره استحساناً وقال : الحمد لله ، الخ (ر :
تفسير ابن كثير ، ج ١ ص ٣) .

ولكنهم لا يلبثون أن يمرضوا أفهامهم واجتهاداتهم على النبي (ص) أول ما يمودون إليه ، فيقرهم ، أو يخطئهم ويصحح لهم •

أما بعد عصر الرسالة فقد كان أبو بكر وعمر رضي الله عنهما يجمعان الصحابة في الحوادث ويشاورانهم • فإن لم يعرف أحد منهم فيها عن النبي (ص) نصاً أو قضاء ، واتفقوا فيها على حكم أنه هو مقتضى قواعد الشريعة ، عمل الخليفان فيها بما اتفقوا عليه •

وان لم يتفق الصحابة على حكم الحادثة اجتهد الخليفان بآرائهما في الحكم الاصلح والاقرّب شبهة بأقضية الرسول ، عملاً بدلالة القياس أو المصالح •

ثم بعد ذلك حدث في العصور التالية حاجة الى تعرف ما اتفق عليه فقهاء الصحابة ليتخذ أساساً في فقه الشريعة •

ثم الحق به في الاعتبار ما يتفق عليه الفقهاء التابعيون^(١) من الثقات المجتهدين ، لانهم هم الراسخون في علم الشريعة ، ومرجع فهمها اليهم •

فأصبح الاجماع بعد عصر الرسالة مصدراً من مصادر الاحكام •

فان لم يحصل هذا الاجماع ، أو لم يثبت نقله وروايته في موضوع ما ، لم يكن يد لكل فقيه أن يلجأ الى الطريق التي كان يلجأ اليها الصحابة أنفسهم عندما يعوزهم النص ، وذلك طريق الاجتهاد والرأي الذي سمي فيما بعد : قياساً أو استحساناً •

(١) الثابتون والتابعون : من لم يدركوا النبي عليه السلام ، وانما ادكورا بعض صحابته :

وتابعو التابعين : من لم يدركوا أحداً من الصحابة ، وانما ادكورا التابعين •

فيتلخص من ذلك أنه لم يكن في عصر النبي (ص) مصدر تشريعي سوى الكتاب والسنة ؛ وأن القياس كان موقفاً يعقبه استفسار وتصحيح ؛ وأن الاجماع متأخر عن القياس وجوداً ، وإن كان مقدماً عليه رتبة واعتباراً كما سنرى فيما يلي •

٤٣ - ب - الترتيب الاعتباري :

هذا هو الترتيب التاريخي في نشوء مصادر الفقه الاسلامي •
أما الترتيب الاعتباري بينها فقد اتفقت أئمة الاسلام وعلماء أصول الفقه ان نصوص القرآن مقدمة في الاعتبار على كل ما سواها ، ثم نصوص السنة ، ثم الاجماع ، ثم القياس •
واذا تناقض حكم القياس مع حكم بعض المصادر التيمية من استحسان أو استصلاح أو عرف ، يقدم في الاعتبار حكم كل من هذه المصادر الثلاثة على حكم القياس كما تقدم بيانه وأمثله •

الْبَاقِي

بدء توسع الفقه الاسلامي وتطوره

٤٤ - لم يفارق النبي (ص) هذه الحياة الا بعد أن تكامل بناء الشريعة بالنص الصريح على الاسس والكلبيات فيها ، وتقييد النصوص المطلقة ، وبيان الجملة ، وتخصيص العامة ، ونسخ ما اريد نسخه ، الخ ...

فاجتهاد الصحابة ومن بعدهم لم يكن تشريعا ؟ وانما هو تفريع وتطبيق •

(ر : كتاب تاريخ التشريع الاسلامي للاستاذة السبكي ورفيقه ، ص/٧) •

ولكن النبي (ص) لم يترك لاصحابه فقها مدونا ؟ وانما ترك جملة من الاصول والقواعد الكلية ، ومن الاحكام الجزئية والافضية ، مبثوثة في القرآن وفي السنة •

وكان هذا يكاد يكفيهم لو لم يمتد سلطان الاسلام الى ما وراء الجزيرة العربية ، حيث لاقوا أمورا ووقائع وعادات لا عهد لهم بها ، فاحتاجوا الى تنظيمها ، واقامة القواعد لها ، وانزالها المنازل الالفة بها من أحكام الشريعة ومقاصدها •

وهذا مبدأ تطور الفقه الاسلامي •

وتلك الاسس التي احتواها القرآن كانت اصولا قابلة لان تسنح مفاهيمها ، ويتطور فهمها ، بتساع الدوائر الفكرية ، وعند الحوادث الكبرى التي تحصل فيها الاسلام بأوضاع وثقافات أخرى •

(ر : كتاب « نظرة عامة في تاريخ الفقه الاسلامي » ص ٥٢-٥٣) •

وهنا فتح العلماء المسلمون باب التفكير في المسائل ، وأخذت تقنن في ضوء الدين أمور الحياة العملية • وكان التطور في نظمها نتيجة لعمل الخلفاء والتابعين لهم ، بحسب ما تستلزمه الحال ^(١) •

وفي البلدان المفتوحة ، على أثر دخول الامم أفواجا في الاسلام ، قامت حاجة كبرى الى تعليمهم ما يخفى عليهم ، وضبط الاحكام العملية الشرعية وتنسيقها ، لتنظيم المعاملة ومعرفة الحقوق •

وقد دعت أيضا تلك الحروب المتوالية الى التنظيم والتفريع في حقوق الحرب والمحاربين ، وفي الحقوق المدنية والسياسية للشعوب في البلدان المفتوحة على ضوء الاسس الاسلامية ^(٢) •

(١) انظر وصية عمر بن الخطاب لابي موسى الاشعري في القضاء عندما ولاه وقد تقدم نصها في بحث القياس (ف/١٠ / الحاشية •

(٢) من امثلة ذلك في الحقوق المدنية تسويغ التعامل بالخير والخنزير لاهل الذمة - أي غير المسلمين - بينما التعامل بهما باطل في حق المسلمين •

وكذلك اقرارهم على ما يدينون في احوالهم الشخصية وحقوقهم العائلية ، كتصحيح النكحة نساءهم بلا عدة يقضيها على اثر وفاة ازواجهن اذا كان ذلك سائفا لديهم •

—•—

والخلاصة أنه على أثر الحاجات الضرورية التي كانت تظهر تباعا بصورة تدريجية أخذ الفقه الاسلامي يتطور ويتسع أفقه ، سواء في ذلك ما يخص الحياة الداخلية ، وما يخص الحياة الخارجية للدولة الاسلامية .

وهكذا تطور الفقه في الازمنة المتوالية ؟ وأخذت الاجيال المتعاقبة

ومن أمثلة حقوق الحرب فتوى الامام الاوزاعي بعدم جواز قتل الرهائن السياسية إذا خان قومهم المعهود مع المسلمين ونقضوا المواثيق ، لقوله تعالى في القرآن العظيم : « ولا تزد وازدة وزد أخرى » ، وقد كان المعتاد بين الامم قتلهم . (انظر مقدمة الامير شكيب ارسلان لرسالة « معاسن المساعي في ترجمة الامام الاوزاعي » ص ١٤ نقلا عن تاريخ البلاذري) .

(والرهائن السياسية : أشخاص ذوو مكانة في قومهم يحجزون لدى قوم آخرين ضمانا للوفاء بالعهود بين الفريقين) .

ومن أمثلة الحقوق السياسية ايضا ما درى البلاذري في كتابه « فتوح البلدان » (ص / ٤٢٨) من انه : « لما ولي الخلافة عمر ابن عبد العزيز جاءه وفد من أهل سمرقند ، فشكا اليه أن قائد الجيش الاسلامي قتيبة بن مسلم دخل بلادهم غلوا ، فكتب الى عامله أن ينصب لهم قاضيا ، فان قضى القاضي باخراج المسلمين اخرجوا ، فنصب لهم جميع بن حاض الباجي فحاكمهم والقائد ، وقضى باخراج الجيش الاسلامي ، وان يندهم القائد وينابذهم على سواء ، ثم يحاربهم ان ابوا ، فكره أهل سمرقند الحرب واقرروا ببقاء الجيش » .

وبذلك كما ترى قرر عمر بن عبد العزيز مبدأ خفض الجيش والسياسة للقضاء العادي ، أخذا من قول الله تعالى : « ولا تزد وازدة وزد أخرى » ، لان فكرة التحلل والحرمان الدينية ، واعتبار الحق بالنظر الى الواقع لا الى الظاهر ، هي صيغة اصلية في التشريع الاسلامي وفقهه كما سبقت الإشارة اليه ، وهي معتبرة في نطاق الحقوق الخاصة والعامة على السواء (ر: ف ٢-٣) .

في تسميته، حتى أصبح بناء ضخما هائلا منظما لكل أنواع المعاملات والعلاقات
الانسانية تنظيما دقيقا •

هذا وصف اجمالي لنشأة الفقه الاسلامي وتعاظم بنائه ، وتباعد
آفاقه واجوائه •

وستتولى فيما يلي تقسيما وتفصيلا للدوار التاريخية التي تميزت في
كل منها للفقه الاسلامي خصائص وأطوار •

الباب الرابع

أدوار تطور الفقه الاسلامي

وميزاته في كل منها

٤٥ - ان تتبع التاريخي لحركة الفقه الاسلامي يوحى بتقسيم المراحل التطورية التي مر بها هذا الفقه الى سبعة أدور :

الدور الاول - عصر الرسالة ، أي مدة حياة الرسول (ص) •

الدور الثاني - عصر الخلفاء الراشدين فما بعده الى منتصف القرن الاول الهجري ، حيث استتب الامر للامويين ، ونهج معظمهم بسياسة الداخلية على وفق اعوانهم في الحكم ، لا على وفق الاوامر الشرعية •

وهذا الدوران هما المرحلة المرحلة التمهيدية للفقه الاسلامي •

الدور الثالث - من منتصف القرن الاول الى أوائل القرن الثاني ، حيث استقل علم الفقه واصبح اختصاصا ينصرف اليه ، وتكونت المدارس الفقهية ، أي الاجتهادات المسماة : بالمذاهب •

وهذا الدور هو المرحلة التأسيسية في الفقه •

الدور الرابع - من اوائل القرن الثاني الى منتصف القرن الرابع
حيث بلغ الفقه الاوج في الاجتهاد والتدوين والتفريع المذهبي ، وتم فيه
وضع علم اصول الفقه ، وتكامل •

وهذا الدور هو **دور الكمال في الفقه الإسلامي •**

الدور الخامس - من منتصف القرن الرابع الى سقوط بغداد في
أيدي التتار في منتصف القرن الرابع ، وفيه نشطت حركة التحرير
والتخريج والترجيح في المذاهب •

الدور السادس - من منتصف القرنين السابع الى ظهور مجلة
الاحكام العنقلىة التي تم وضعها على يد لجنة من الفقهاء وصدرت
الارادة السنية السلطانية بالتمل بها في ٢٦ شعبان سنة ١٢٩٣ هـ •

وهذا الدور هو **دور الانحطاط الفقهي •**

الدور السابع - من ظهور المجلة الى اليوم •
وسنفرد فيما يلي لكل دور من هذه الادوار فصلا اجمالياً ، ونشير
الى ما طرأ على حركة الفقه فيه من اتجاهات ، وما برز فيه من صفات
ومميزات •

الفصل الأول

الدور الفقهي الاول

عصر النبوة

٤٦ - كانت سلطة التشريع والقضاء والفتيا في هذا الدور بيد الرسول وحده (ص) ، فهو المرجع في كل ذلك •

وفي عهده تكامل بناء الشريعة في استيفاء نصوصها الاساسية كما تقدم وقد كان لفظ « الفقه » يطلق في عصر النبوة على كل ما يفهم من نصوص الكتاب والسنة ، سواء أكان من أمور العقيدة ، أو التشريع العملي أو الآداب •

وكان الاسلام في مكة متجها الى اصلاح العقيدة ومكافحة الوثنية • أما اتجاذه الى التشريع العملي فانما كان في المدينة بعد الهجرة •

ولفظ « الفقه » و « العلم » في هذا العصر كانا مترادفين في العرف الاسلامي ، تدل على ذلك أحاديث عديدة •

والفقهاء أو العلماء من صحابة الرسول عليه الصلاة والسلام كانوا يسمون : القراء ، جمع : « قارئ » وهم حفظة القرآن غيا ، لان القرآن هو المصدر الاصلي لعلم الشريعة ، وقد كانوا يحفظون آياته

مع أحكامها^(١) . فلذا كان القراء هم علماء الشريعة وفقهاءها .

ولم تكن اذ ذاك فكرة الاختصاص بالانصراف الى مسائل العلم المستفاد من الكتاب والسنة . بل كانت الجهود بصورة عامة منصرفة الى الجهاد والى العمل . وانما يأتي العلم في طريقهما من قراءة القرآن واستماع حديث النبي ، واستيعاب الحوادث التي كان يفتي أو يقضي فيها .

وتد كان الفقه في هذا العصر واقعا لا نظريا ، فانما كان الناس يبحثون عن حكم الحوادث ويسألون عنها بعد وقوعها ، أو يتقاضون فيها فتايل بالحكم الذي تقتضيه الشريعة ، ولم تكن الحوادث تفرض اقتراسا .

وقد اسلفنا البيان آنفا ان النبي عليه السلام لم يترك لاصحابه فقه مدونا ، بل جملة من الاصول والقواعد الكلية والاحكام الجزئية مبثوثة في القرآن وفي السنة . لكنها على اكمل ما يتصور مرونة وعموما واستيعابا لشتى المفاهيم الكبرى التي يدعمها العقل الصحيح ، وتؤديها المصالح الناطقة ، وفيها من قابلية التكيف في التطبيقات الجزئية على الحوادث الخاصة ، والتتقل فيها من فهم الى فهم صحيحين مختلفين ، ما يمكن أن يتولد منه فقه عجيب السعة لا يحد ولا ينضب .

(١) روى الاعمش عن أبيه وائل عن ابن مسعود انه قال : كان الرجل منا اذا تعلم عشر آيات لم يجاوزهن حتى يعرف معانيهن والعمل بهن .

وقال ابو عبد الرحمن السلمي : حدثنا الذين كانوا يقرؤنا انهم كانوا يستقرئون من النبي (ص) وكانوا اذا تعلموا عشر آيات لم يخلوها حتى يعملوا بها فيها من العمل ، قالوا : فتعلمنا القرآن والعمل جميعا .

(ر : مقدمة تفسير ابن كثير ج ١ ص / ٣) .

٤٧ - امثلة هذه القابلية في نصوص القرآن والسنة النبوية :

وإذا أردت ايضاها بالامثلة فانظر الى هذه الشواهد التالية من الآيات القرآنية ، والاحاديث النبوية ، والى امثالها من نصوص الكتاب والسنة :

١ - من آيات القرآن :

« ولا تزر وازرة وزر أخرى » (الاسراء ١٧/١٥) (١) .

« وأن ليس للانسان الا ما سعى » (النجم ٣٩/٥٣)

« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (المائدة ١/١٥)

« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا

فريقا من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون » (البقرة ٢/٢٨٨)

« يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون

تجارة عن تراض منكم » (البقرة ٢/٢٨٢)

« ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس

ان تحكموا بالعدل » (النساء ٥٨/٤) .

« ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن حتى يبلغ اشدّه وأوفوا

بالمهد ان المهد كان مسؤولا » (الاسراء ١٧/٣٤) .

« الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان ،

(البقرة ٢/٢٢٩) .

« وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا

(١) بالرقمان بعد اسم سورة من القرآن لولهما للسورة والثاني للآية

فيها ، فاذا كان بعد اسم السورة رقم واحد فهو للآية .

- وسما لاتضار والدته بولدها ولا مولود له بولده « (البقرة ٢/٢٣٣) .
 - «جزاء سيئة سيئة مثلها» (التسوي ٤٤/٤٠) .
 - «وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله» (الطلاق ٢/٦٥) .
 - «ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه» (البقرة ٢/٢٨٣)
 - «وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة» (البقرة ٢/٢٨٠) .
 - «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر» (البقرة ٢/١٨٥) .
 - «وما جعل عليكم في الدين من حرج» (الحج ٢٢/٧٨) .
 - «فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه» (البقرة ٢/١٧٣) .
- الى غير ذلك من الآيات الكثيرة الواردة في شتى المقاصد والمناسبات
انتشيرية .

ب - من الحديث النبوي :

- «لا ضرر ولا ضرار»^(١) .
- «انما الاعمال بالنيات»^(٢) .

(١) رواه أحمد في مسنده عن ابن عباس ، وابن ماجه في سننه عن عبادة ، وحسنه النووي في الاذكار ، وله شواهد تنتهي الى دوجة الصحة (ر : د الجامع الصغير ، للسيوطي / ٩٨٩٩ / وشرحه «فيض القدير» للمناوي) .

(٢) رواه البخاري في سبعة مواضع ، ومسلم ، والترمذي في كتاب الجهاد وغيرهم ايضا عن عمر بن الخطاب .

« على اليد ما أخذت حتى تؤديه »^(١) .

« ان الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(٢) .

« الولد للفراش »^(٣) .

« لا وصية لوارث »^(٤) .

(١) أخرجه أصحاب السنن الأربعة (أبو داود ، والترمذي ، والنسائي وابن ماجه) والحاكم في مستدركه ، كلهم عن سمرة ، وقرر الترمذي حسنه .

(٢) رواه الحاكم في مستدركه من حديث ابن عباس (ج ٢ ص/١٩٨) وصححه ، ووافقه الحافظ الذهبي في « التلخيص » على تصحيحه .

(٣) المزعوم هو الكفيل - أي ان الكفيل يضمن ما كفل .

وهذا الحديث رواه أحمد في مسنده عن أبي أمامة ، ورواه أبو داود في كتاب البيع ، والترمذي وابن ماجه في الوصايا . واختلف العلماء في تصحيحه وتضعيفه (ر : فيض القدير للمناوي/٥٦٥٢) .

(٤) رواه كثير من أئمة الحديث منهم البخاري ومسلم عن عبيد من الصحابة بلغوا بضعة وعشرين منهم عائشة (ر : الجامع الصغير للسيوطي/٩٦٨٨) وشرحه فيض القدير .

ومعنى هذا الحديث : ان الولد ينسب للرجل الذي بينه وبين المرأة النولدة فراش مشروع زوجا كان أو أسيلا .

والفراش كناية عن صلة الاستمتاع الجنسي للمشروع بين الرجل والمرأة . فهذه الصلة تكفي للاحاق النسب بالرجل دون البحث عن الحقيقة .

(٥) رواه الدارقطني في سننه عن جابر . وهو مروي بطرق عديدة وباختلاف في بعض الالفاظ . وفي بعض طرقه كلام .

(ر : فيض القدير / ٩٩٣٣) لكن أئمة الفقه اعتمدوا صحته .

« المسلمون على شروطهم »^(١) .

« كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل »^(٢) .

« الشفعة كحل المقاتل »^(٣) .

(١) رواه أبو داود والحاكم في « المستدرک » وأحمد في البيهق ودوز السيوطي في « الجامع الصغير الی صحته » وقد حسنه الترمذي وضعفه النسائي ، وقواه غيره (ر : فيض القدير / ٩٢١٣) .
ويروي من طرق أخرى : « المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك » .

(٢) حديث صحيح أخرجه البزار في مسنده ، والطبراني في الكبير ، كلاهما عن ابن عباس ، واعتمده الفقهاء .
والمراد بما ليس في كتاب الله ما يتضمن مخالفة لاسس الشريعة التي قررها القرآن . فالتماقد على ذلك ويشترطه باطل ، كما يعتبر اليوم في النظريات القانونية الحقوقية التعاقد على ما يخالف النظام العام والآداب العامة أو يخالف النصوص القانونية باطلا .
ونظيره قول عمر المتقدم في وصيته القضائية لأبي موسى الأشعري :
« الصلح جائز إلا صلحا أحل حراما ، أو حرم حلالا » . (ر : ف / ١٠ ح) .
« كتاب الله هنا ليس معناه القرآن ، بل معناه : ما كتبه الله وأوجبه ، أي شريعته التي شرعها » . فالكتاب هنا مصدر بمعنى اسم المفعول ، أي المكتوب بمعنى المفروض ، كما في قوله تعالى في القرآن : « إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا » .

(٣) الشفعة هي حق أولوية ممنوح للشريك في العقار يخوله رجوعا في شراء حصة شريكه الآخر إن أراد هذا بيعها لشخص اجنبي .
ومعنى الحديث أن الأخذ بالشفعة يجب فيه على الشريك الشفيع مرة الطلب فور علمه بالبيع كسرعة الإنسان في حل عقال البعير بجنب رأس عقده ، وهي في المادة عقدة انشودة تحل بجنب طرف الحبل المعقود .
وهذا الحديث لم يبلغ سند رتبة الصحة ، وقد احتج به الفقهاء على لزوم تحديد مدة قصيرة لطلب الأخذ بالشفعة كيلا يتضرر المشتري من الشريك بطول الانتظار .
(ر : بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص / ٢٢٠ / آخر المسألة الثانية من الركن الرابع في الأخذ بالشفعة) .

• لا طلاق في اغلاق (١) •

• البيئة على المدعي واليمين على من أنكر (٢) •

الى غير ذلك من أحاديث الأحكام الجليلة الجزيلة •

٤٨ - فالناظر المتأمل في أمثال هذه النصوص التي هي دساتير في أفكارها ، مواقير (٣) في أثمارها ، يستطيع ان يتبين مدى ما يمكن أن تعطيه في التطبيقات الجزئية والتفريعات الفقهية العملية من أحكام وافهام مختلفة ، ضمن حدود النظر الصحيح المقول •

فحديث : « الشفعة كحل العقال » مثلا يصلح أساسا لفكرة التقادم (مرور الزمن) وتحديد المدة للمطالبة ببعض الحقوق ، ولاستعمال بعض الخيارات العقدية كمخيار الرؤية واليب ، ولمراجعة بعض الدرجات القضائية للاعتراض على الاحكام البدائية عندما تؤسس المحاكم على

(١) اختلفوا العلماء في تفسير الاغلاق : فمنهم من فسره بالاكرام ، ومنهم من فسره بالغضب الشديد الذي يفقد البصيرة بالمواقب ، ومنهم من فسره تفسيراً اعم بكل ما يفلق على الانسان ارادته وبصيرته من اكرام او غضب او نحوهما مما يؤثر في طبيعة التصور او التبصر او الاختيار ، وهو التفسير الالوجه :

والحديث رواه أحمد في مسنده ، وأبو داود وابن ماجه والحاكم في المستدرک عن عائشة ، واختلفوا في صحته وضعفه (ر : فيض القدير ٩٩٠٥/) •

(٢) رواه البيهقي في السنن وابن عساكر عن ابن عمر • ولم تبلغ روايته درجة الصحة ، ولكن يشهد له اللواقع العملي في أقضية الرسول والصحابة •

(٣) الشجر المواقير : هي التي ثمرها الثمر من كثرته ، أي اثقلها حملا •

درجات كما في زماننا اليوم مما تقضي المصلحة تحديد مدة له تحت طائلة سقوط حق المطالبة القضائية عند اهمالها في المدة المحددة .

وقد بينا سابقا من أسلوب القرآن الكريم في بيان شرائع الاحكام أنه يضع الاسس ، وينصب القواعد الكلية ، ويجمل الاوامر ولا يتناول فروع الاحكام وتفصيل جزئياتها الا قليلا في بعض المسائل .

فهذه الكليات الاساسية والقواعد الصحيحة التي يقوم عليها بنيان المدل في الحياة الاجتماعية هي في الغالب دائما فوق متناول الاختلافات النظرية الفرعية في جميع اليشات ، لانها تتصل بالفطرة والادراك الانساني ، فجاء القرآن كاشفا عن قضاياها الثابتة فكان صالحا لكل زمان ومكان . ولأنه لم يخف في التفصيلات كانت آيات الاحكام على قلتها دستورية شاملة جامعة ترجع اليها كل أحكام الشريعة وتفصيلها .

ولذلك كان القرآن الكريم عند علماء الشريعة الاسلامية هو الحجة الكبرى والمرجع الاول ، بل عده بعض الفقهاء المصدر الوحيد للاحكام الشرعية ، وما غيره من المصادر الا تفصيل لمجمله أو توضيح له أو تخريج على أصوله أو استنباط لما فيه من حكم ومعان متماسكة متساندة كما تقدم .

(ر : ف / ٤١٦ / ومقدمة كتاب "الملكية" ، ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، للاستاذ الجليل الشيخ محمد أبي زهرة ص / ٨ - ٩) .

الفصل الثاني

الدور الفقهي الثاني

عصر الخلفاء الراشدين فما بعده الى منتصف القرن الاول

٤٩ - قد انتقلت في هذا الدور حال علماء الصحابة من طور الى طور .

فهم في حياة الرسول (ص) كان شأنهم تلقياً عنه ووعياً لما يلقى به اليهم . فلم تكن بهم حاجة الى اعمال الفكر في تفهم الاحكام المحتاجة الى تبصر ونظر ذلك الاعمال المسمى بالاجتهاد ، لان حمل هذا العبء الفكري مع احتمال الصواب والخطأ فيه لا مضى له مع وجود من اليه المرجع في كل شؤون الشريعة وأحكامها .

فشانهم في حياة الرسول استماع واتباع واستفتاء منه فيما يشكل عليهم ، وبعبير آخر : اعتماد على الرسول في الفهم والتوجيه في كل شيء .

اما بعد وفاته عليه السلام فقد انتقلوا فجأة من طور الاعتماد الى طور الاجتهاد ، لزوال ذلك المرجع ، وحلول خلفائه الدستورية - القرآن والسنة - محل بياناته الشفهية . فتولدت من ذلك الحين ضرورة الى الاجتهاد لا مناص منها تجاه طوارئ الحوادث ، ولا حدود ولا أمد لها .

فالمسلمون بعد وفاة النبي عليه السلام قد انسابوا فاتحين في ملك كسرى وقبصر ، لتحطيم الحواجز التي أقامها الملوك في وجه دعوة الاسلام ورسائله الاصلاحية في الارض ، فكان تحت حكم المسلمين أمم ذات حضارات عريقة في مصر وفارس وسورية ثم شمال افريقية ، وماجت المدن الاسلامية الكبرى بأمشاج من الامم وعناصر مختلفة الاجناس ، فكان لابد اذن من أن يجد في شؤون الاجتماع والسياسة أحداث تستدعي النظر فيما يصلح لها من الحلول الفقهية ، وأن يحتاج المسلمون الى نظم وأحكام من روح الاسلام لم يكن في عهد الرسول ما يضطرهم اليها ، ويدفعهم الى التفكير فيها •

لذلك كان لابد لصحابة الرسول عليه السلام من الاجتهاد في حلول تلك الامور المقدمة التي تعرض لهم •

وقد كانت طريقتهم في اجتهادهم هذا أن يلجؤوا الى كتاب الله ، فان وجدوا فيه الحكم فيما يرون تسكوا به ، وان لم يجدوه اتجهوا الى المأثور عن رسول الله (ص) ، واستشاروا ذاكرات أصحابه فيما يحفظون عنه من حكم في القضية • فان لم يكن بينهم من يحفظ حديثا عن رسول الله في الموضوع التجؤوا الى استعمال « الرأي » ، فاجتهدوا بأرائهم وحكموا افهامهم فيما يرونه أشبه بالمعروف من مقاصد الشريعة وقواعدها في اقامة العدل ، واستقامة المصالح التي أوضحت سبلها •

ومثلهم في ذلك مثل القاضي المقيد بنصوص قانون ، فاذا لم يجد في النص ما يحكم به في قضية بين يديه طبق ما يراه عدلا وانصافاً •

• • - معنى الرأي :

وقد أوضح ابن القيم في كتابه « اعلام المؤمنين » (١ / ٢٦) معنى

« الرأي » الفقهي على حد ما كان يفهمه الصحابة ، فأفاد أن الرأي هو :

« ما يراه القلب بعد فكر وتامل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الامارات » .

والرأي بهذا المضي أوسع من مفهوم القياس الفقهي الخاص ، وهو « الحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه لعله مشتركة جامعة بينهما » لأن الرأي بهذا المضي يشمل القياس المذكور ويشمل أيضا الاستحسان والاستصلاح اللذين تقدم بيانهما في بحث المصادر النبعة .

وقد قسم ابن انعيم هذا الرأي الى صحيح وباطل ومشتبه ، وميز بين هذه الاقسام ، ونزل عليها بالتوزيع ما ورد عن الصحابة من ذم الرأي تارة ، والعمل به تارة اخرى .

غير أن منهاج الفقه في هذا العصر الثاني لم يتبدل عن سابقه ، فقد ظل الفقه ، كما كان في عصر الرسالة ، واقفيا وعمليا تعالج فيه الحوادث بالتمسك أحكامها بعد وقوعها ، على وفق ما ترشد اليه نصوص الكتاب والسنة ، وتوحي بفهمه المصالح الاسلامية التي رعاها الشارع .

٥١ - والشيء البارز الذي يتميز به هذا العصر يتعلق بمصادر الفقه أكثر مما يتعلق بالفقه نفسه ، وهو أمران :

الاول - استعمال الرأي والقياس بصورة بارزة في استخراج الاحكام لما لم يسبق من الحوادث بسبب مواجهة الاجتهاد .

وقد كان الاجتهاد والرأي في حياة الرسول عليه السلام لا يمارسه الصحابة الا قليلا وموقتا كما سبق بيانه .

والثاني - تولد الاجتماع اذ كان منهما الخلفيتن الاولين ابي بكر وعمر رضي الله عنهما جمع الصحابة في الحوادث ، واستفتاءهم ، والعمل بما يتفقون عليه كما تقدم •

٥٢ - منهاج اجتهادات عمر بن الخطاب البارزة في هذا العصر :

وقد تميز هذا العصر أيضا باجتهادات بارزة للخليفة الثاني عمر بن الخطاب في حوادث معينة تجلت فيها لهذا الخليفة العظيم عبقرية فقهية تصلح أن تكون دستوراً لمنهاج الفقه الواقعي • فمن ذلك :

١ - منعه عن الاشخاص المؤلفة قلوبهم من الموجودين في عهده ما كانوا يتناولونه من بيت المال من عطاء • راتب • مع أن سهم المؤلفة قلوبهم في العطاء مقرر بنص القرآن ، وقد كان هؤلاء الاشخاص يأخذون بهذا العنوان منذ عهد الرسول عليه السلام •

لكن عمر نظر الى علة النص لا الى ظاهره فقد كانت علة اعطائهم تأليفهم لاتقاء شرهم عندما كان الاسلام ضعيفا ، فلما قويت شوكة الاسلام زال الداعي الى اعطائهم • والقرآن لم يوجب اعطاء اشخاص باعيا عنهم واسمائهم من هذا السهم^(١) •

(١) وليس معنى ذلك أن عمر رضي الله عنه قد ابطال أو عطل نصا قرآنيا أمرا ، ولكنه رأى أن أولئك الاشخاص الذين كانوا يصلحون من المؤلفة قلوبهم ويعطيهم النبي (ص) هذا السهم من بيت المال لاحتياج دعوة الاسلام الى ترغيبهم وتأنيدهم وتأليف قلوبهم لم يبق للإسلام حاجة في شره تأنيدهم بالمال بعد أن استتب له الامر ، واصبحوا هم في حاجة الى الاعتزاز به •

فهو انما حبس العطاء عن هؤلاء الاشخاص باعيا عنهم ، أما سهم التأليف ولترغيب فحكمه في القرآن باق لم يتوقف •

←

٢ .. وكذا اجتهد عمر في وقف تنفيذ حد السرقة على السارقين



فاذا تجددت الامة حاجة في زمان أو مكان آخر الى تأليف القلوب ،
أو تأليب القوى لدفع عدو ، أو ترغيب من لا ترغبه الفضائل السامية كما
يرغبه المال ، فانه يعطى من هذا السهم المرسود لهذه الحاجة ، كشأن
النفقات التي تخصصها الخنول لليوم في ميزانياتها لأجل العناية السياسية .
فاذا انقضت حاجة العناية في مكان أو في فئة لايسوغ عندئذ صرف المال
الى من تحتاج العناية اليه ، بل يوفر المال على خزينة الدولة ريثما تتجدد
الحاجة . وقد يتغير وجه الحاجة بين عصر وعصر ، فيستغنى عن اعطاء
اشخاص كانوا يملطون لوجاهتهم ونفوذهم كما كان في الماضي ، ويحتاج الى
اعطاء ارباب الصحف ، او انشاء مجلات دعاية ، أو محطة إذاعة لاسلكية ،
كما في عصرنا اليوم .

قال الامام ابو عبيد القاسم بن سلام في كتابه « الاموال » بمناسبة
ما اشترطه النبي عليه الصلاة والسلام لبني تقيف اصل الطائف عند
دخولهم في الاسلام ما نصه :

« وفيه أنه شرط شروطًا عند اسلامهم خاصة لهم دون
الناس ، مثل تحريمه وادبهم ، وأن لا يستله أحد يغلبهم عليه ،
وأن لا يؤمر عليه الا بعضهم » .

وهذا ما قلت لك : ان الامام ناظر للاسلام وأهله ، فاذا
خاف من عدو غلبة لا يقدر على دفعهم الا بمعطية يرددهم بها
فعل ، كالذي صنعه النبي (ص) بالاحزاب يوم الخندق .
وكذلك لو أبوا أن يسلموا الا على شيء يجعله لهم ، وكان في
اسلامهم عز للاسلام ، ولم يأمن معرفتهم وبأسهم اعطاهم ذلك
ليتألفهم به ، كما فعل رسول الله (ص) بالمؤلفة قلوبهم الى
أن يرغبوا في الاسلام ، وتحسن فيه نيتهم .

وانما يجوز من هذا ما لم يكن فيه نقص للكتاب ولا للسنة .
ويبين ذلك ان رسول الله (ص) لم يجعل لهم فيما اعطاهم
تحليل الربا ، الا تراء قد شرط عليهم أن لهم رؤوس
أموالهم ؟ » .

(الاموال ، ج ١ ص ١٩٣ - ١٩٤ / الطبعة الاولى بمطبعة المجازي

بالقاهرة) .

في عام المجاعة المسمى : « عام الزمادة » ؛ واكتفائه بتعزيز السارق بدلا من قطع يده . وهذا من عمر ليس تعطيلاً لجد السرقة الشرعي بل هو اجتهاد حكيم منه في تطبيق شرائط هذه العقوبة ، لأن من شرائطها شرعا أن لا يكون السارق مضطرا الى السرقة اضطرارا . فقد اعتبر عمر في ذلك شبهة عامة في أنهم كانوا يسرقون عن ضرورة ملجئة ، وقد قال النبي عليه السلام : « ادروا الحدود بالشبهات » .

٣ - وكذلك اطلاقه التكاح لزوجة المفقود بعد أربع سنين من فقده دون انتظار تحقق وفاته أو موت لداته - أي اقرانه في العمر - كما سلف ذكره في بحث المصالح المرسلة . (ر : ف ٣/٢٩) .

٤ - وكذلك اجتهاد عمر في منح تقسيم أراضي سواد العراق وأراضي مصر على المجاهدين الفاتحين لها الذين طالبوا بتقسيمها بينهم كما تقسم الغنائم الحربية بعد تخميسها ، محتجين بظواهر بعض نصوص القرآن والسنة في حقوق المجاهدين الغنائم في الغنيمة ؛ فانهم أرادوا اعتبار أراضي البلاد المفتوحة كالغنائم الحربية توزع على الجيش الفاتح .

وقد ذهب عمر الى خلاف رأيهم ، فاعتبر الأراضي من الفيء الذي تملك به حقوق المسلمين عامة حاضريهم وآتيهم ، رعاية لمصلحة الاجيال وحقوقها في بيت المال ، وفقا لما ينشئ به النظر السديد الى مجموع النصوص القرآنية لا الى بعضها دون بعض .

فأبقى عمر الارضين لاهليها ، وطرح عليها ضريبة الخراج ؛ لان ذلك أصلح لحياتها ، وأعم وأدوم لنفعها وربها^(١) .

(١) بياض ذلك انه قد وردت آية بالغنائم في سورة الأنفال تقول :

« وعلموا ان ما غنمتم من شيء فان لله خمسة ولكم منسول »

هذا ، وإن عمر هو أول من أنشأ منصب القضاء مستقلا عن غيره من

→

والذي القريب واليتامى والمساكين وابن السبيل » •

فعميت الآية مصرف الخمس من الفنائم الحربية لجهات عامة ، وبينت السنة بفعل النبي عليه السلام كيفية توزيع الباقي بين الفانمين •

ثم جاءت آية «الفي» في سورة الاحشر تقول :

« ما آفاه الله على رسوله من اهل القرى فلله والرسول
والذي القريب واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون
دولة بين الاغنياء منكم وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم
عنه فانتهوا واتقوا الله ان الله شديد العقاب • للفقراء المهاجرين
الذين اخرجوا من ديارهم » ••• « والذين تبوءوا الدار
والايمان من قبلهم » •••• « والذين جاءوا من بعدهم »
الخ •••

فأفادت هذه الآية إن «الفي» يفيد منه جميع المسلمين حاضرم وآتيهم
ولا يختص بالمجاهدين للفاتحين ، بل يوضع في بيت المال •

والفرق بين الفنيمة والفي في الاصطلاح الشرعي أن الفنيمة
ما استحصلت من العدو للحارب بقوة السلاح ، والفي ما تركه الاعداء
عن رعب ، أو أدوه عن قهر وظلمة ، ولم يؤخذ منهم بايجاب الخيل وصولة
الجيش في المعارك الحربية • فيشمل «الفي» الضرائب التي تفرض عليهم
كالجزية على الاشخاص ، والخراج على الاراضي •

وقد ثبت في السنة انه عندما فتح النبي عليه السلام خيبر - وقد
فتحت عنوة لا صلحا ، ونزل أهلها لمحاربون على حكم الجلاء - عنت أراضيها
من «الفي» وعزل النبي نصفها ، (وقيل خمسها) ، فتركه للنواب والنوازل ،
وقسم الباقي بين الفاتحين •

فلما فتح سواد العراق في خلافة عمر طالب الفاتحون بتقسيم أراضيهم
بينهم كالفنائم ، وكان رأي عمر عدم جواز تقسيمها ، فجمع الناس
واستشارهم • فكان رأي عامتهم تقسيمها ، الا عليا وعثمان وطلحة وسعد
ابن جبر ، فقد كان رأيهم كراي عمر • وقال له معاذ :

→

الاعمال ، وكان قبل ذلك تابعا لولاية الامراء والعمال ، ومن جملة وظائفهم •

« انك ان قسمتها صار الربيع العظيم في ايدي هؤلاء القوم • ثم يبيدون فيصير ذلك الى الرجل الواحد او المرأة ، ثم يأتي من بعدهم قوم يسلمون من الاسلام مسلما - أي يكون لهم في الاسلام بلاء حسن ونفع - وهم لا يجلسون شيئا ، فانظر امرا يوسع اولهم وآخرهم » •

فالح الفاتحون في طلب تقسيم الارضين عليهم بعد تخمينها ، بحجة ما فعل النبي بخيبر ، وامتنع عمر عن تقسيمها ، فرأى ان البلاد المحيطة قد تم فتحها ، وان الاراضي فيه فلا يستحق الفاتحون ملك اعيانها ، بل للامام النظر فيها بما هو اصلح لحياتها وادوم نفعها لجماعة المسلمين ، وانما قسم النبي عليه السلام ما قسمه من ارض خيبر اذ رأى المصلحة في ذلك لحاجتهم حينذاك الى الارض •

فمكثوا يتناقشون اياما حتى قال عمر وجئت بالحجة عليهم بآخر آية العشر اذ قالت في ييسان من يستحقون من الفيء : « والذين جاؤوا من بعدهم » • فقال عمر : « ما ارى هذه الآية الا لله عمت الخلق كلهم حتى الراعي بكده » ، « كماء » و « ثمان سقاء » : اسم جبل باعل مكة • ثم قال لهم عمر :

« تريدون ان يأتي آخر الناس ليس لهم شيء ، فما لمن بعدهم ؟ وتولا آخر الناس ما فتحت قرية الا قسمتها كما قسم رسول الله صل الله عليه وسلم خيبر » •

فقرر عمر ان تبقى الاراضي والانهار لاهلها وعملها ، وان يفرض عليها الخراج •

ثم أمر ان يفعل كذلك بالاراضي مصر لما وقع فيها نظير هذا الخلاف بين الزبير بن العوام وعمر بن العاص امير مصر (و : كتاب الاموال للامام ابي عبيد القاسم بن سلام ، الفقرات / ١٤١ - ١٥٣ / ، وكتاب الخراج لابي يوسف ، وفتح الباري ، ج ٦ ص / ١٣٨ / ، واحكام القرآن لابن بكر الجصاص في سورة الحشر) •

وان طريقة عمر الفقهية كانت حجة خالدة لمدرسة « أهل الرأي »

ومن الواضح ان هذا الاتجاه الحكيم من عمر في التمييز بين الفنائم العربية المتقولة وبين الاراضي انما كان تمسكا بدلائل النصوص ، وجمعا بينها ، واعمالا لكل منها بتنزيله على منزله الذي يرشد اليه النظر الجامع السديد ، لا كما يوهمه كلام بعض المتوهمين اليوم من ان عمر خالف في هذه القضية نصوص الشريعة ، ويمنون هذه المخالفة بزعمهم عبقرية اجتهدية ! فقد رأيت بما نقلناه ان عمر كانت حجته النص القرآني نفسه الذي الحم به مخالفه ، واثبت رجحان فهمه فيه ، وكان على رأيه كبار فقهاء الصحابة اكمل ومعاذ .

ومن هنا اختلفت الاجتهادات في حكم الاراضي التي يفتحها الجيش الاسلامي عنوة على ثلاثة مذاهب :

— مذهب يرى انها تقسم بعد الخمس على الجيش الفاتح كالفنائم المتقولة . والى هذا ذهب الاجتهاد الشافعي .

— ومذهب يرى انها تكون وقفا حبيسا على جميع المسلمين ، فتوضع ثمرتها في بيت المال وتصرف الى مصالحهم وحاجاتهم الخاصة . والى هذا ذهب الاجتهاد المالكي .

— ومذهب يرى ان امرها يعود الى نظر الامام وتقديره بحسب ما يرى من الحاجة والمصلحة : فان شاء عزل منها الخمس او اكثر منه لبيت المال ، وقسم الباقي على الفاتحين ، كما فعل النبي عليه السلام بأرض خيبر ، وان شاء ترك الارضين لاهلها وطرح عليها ضريبة الخراج ، كما فعل عمر بسواد العراق وسمر . والى هذا ذهب الاجتهاد الحنفي . (ر : الاموال لابن عبيد القاسم بن سلام الفقرة ١٤٩ و ١٥٣ ، وبداية المجتهد بن رشد ١/٣٢٤ ، ورد المختار ، ج ٣ ص ٢٢٨ - ٢٣٤ باب المظن وقسمته) .

تبيه هـام :

هذا ، ولا يخفى ان القرآن لم ينص على وجوب توزيع الفنائم العربية حتى المتقولة منها بين المجاهدين الفاتحين ، وانما نصت آية الانفال على مصارف معينة لخمس الفنائم .

وتوزيع الاخماس الاربعة الباقية على الفاتحين انما جاءت به السنة :

في المراق من فقهاء الطبقات التالية التي سيأتي ذكرها ، فقد تأثر هؤلاء بفقهاء ابن مسعود في الكوفة ، وكان هو يسير على طريقة عمر .

→ وهذا النوع من السلفة يعد - بحسب قواعد الشريعة - من السياسة الشرعية والتدابير المصلحية التي يفعلها النبي عليه السلام بصفة ولايته العامة في الحكم والادارة لا بصفة النبوة والتشريع ، فلا تفيد حقا تشريعا ثابتا لا يتبدل كحكم النبي عليه السلام للجنة بفريضة السدس في الميراث ، بل ان لكل من يخلف النبي عليه السلام في هذه الولاية العامة ان يلجأ الى تدبير آخر عند الحاجة كما كان ذلك ممكنا للنبي نفسه (ص) .

فإذا تبدلت الظروف واقتضت الحاجة نظاما آخر للجندية تقوم فيه حقوق الجيش المجاهد لا على اقتسام الفدية ، بل على اساس اعاشة ووظائف مرتبة للجند ، وتكون الفنائم الحربية كلها للدولة ولا حق فيها للمقاتلين ، كما في زماننا وانظمتنا اليوم ، فذلك سائق شرعا ، وهو من قبيل الاستصلاح في شؤون الادارة العامة (ر : ف / ٢٨) .

غير ان نظام توزيع الفنائم كان في صدر الاسلام هو التدبير الممكن من الوجهة المالية ، وهو الاصح ايضا لسياسة الجهاد بالنسبة الى العرب في ذلك الزمن من الوجهة العرفية .

الفصل الثالث

الدور الفقهي الثالث

من منتصف القرن الاول الى اوائل القرن الثاني

٥٣ - هذا الدور كان فاتحة عهد تأسيسي للفقه الاسلامي .

فقد رأينا أن علماء الصحابة في اوائل خلافة الخليفة الثالث عثمان ابن عفان (رض) تفرقوا في الاقطار ، واستوطنوا مختلف الامصار ، بعد ان كان عمر لا يمكنهم ان يرحلوا المدينة لكي يستشيرهم في النوازل .

وقد حمل هؤلاء الصحابة الى مواطنهم الجديدة في الحجاز واليمن والعراق ومصر والشام حديث رسول الله (ص) واحكام الشريعة ، وتخرج على أيديهم طبقة التابعين في مختلف البلدان .

وقال ابن القيم :

« الفقه انتشر في الامة عن اصحاب ابن مسعود بالعراق ، واصحاب زيد بن ثابت وابن عمر بالمدينة ، واصحاب ابن عباس بمكة ، (اعلام الموقعين لابن القيم ، ج ١ ص ٢٣) » .

وكان لكبار الصحابة كعمر وابن مسعود وعلي (رض) أثر توجيهي في البلاد التي حلوا بها ، فتكونت تبعاً لشخصياتهم واجتهاداتهم

مدارس^(١) الفقهاء المختلفة في البلدان على أيدي تلاميذهم من التابعين الذين أصبحوا قادة تلك المدارس وأئمتها ، كسميد بن السيب في المدينة وعطاء بن ابي رباح في مكة ، وابراهيم النخعي في الكوفة ، والحسن البصري في البصرة ، ومكحول في الشام ، وطاووس في اليمن •

فبهؤلاء وأمثالهم ومن تلاهم من تابعي التابعين دارت عجلة الفقه دورتها المذهبية • وكان كل منهم متأثرا بفقه من لازمه من الصحابة وطريقته الاجتهادية •

٥٤ - نشوء مدرستي أهل الحديث وأهل الرأي :

وكان أهم تلك المدارس مدرستا المدينة والكوفة ، أي مدرستا الحجاز والعراق •

وقد سميت بعد ذلك المدرسة الأولى : « أهل الحديث » ، لكثرة رواية حديث الرسول (ص) بينهم في الحجاز ، ولقلة حاجتهم الى استعمال الرأي في الاجتهاد ، لندرة الحوادث المدنية المعقدة لديهم •

وسميت المدرسة الثانية « أهل الرأي » ، لقلة انتشار الحديث النبوي في العراق بادي الامر ، ولتعدد الحياة المدنية فيه ، وتشعب الافكار ، وازدحام الاعراف ، وكثرة الحوادث التي لم يعرف فيها نص صريح مما كان يلجئ الى استعمال الرأي •

(١) في الاصطلاح المصري يراد بالمدرسة في هذا المقام الجماعة الذين يصنرون عن نظرية أو مذهب واحد علمي أو فلسفي ، وقد يراد بها المذهب نفسه •

٥٥ - استقلال علم الفقه :

وفي هذا العصر استقل علم الفقه واصبح اختصاصا ينصرف اليه من ينصرف من أولئك الأئمة التابعين كمن تقدمت أسماؤهم •

وكان من أكبر العوامل على هذا الانصراف الذي تم به تأسيس الفقه علما مستقلا ، رغم الفتن والثورات الداخلية التي كانت تعصف أعاصيرها وتقصف ، انحراف الخلفاء الامويين عن سيرة الخلفاء الراشدين الأولين في المثل العليا الدينية والعملية • فكان من جراء ذلك ان اعتزل أهل العلم الانقياء الحياة العامة ، ولزموا تلك الامصار • وخاصة المدينة - ينقدون الحكام ، وينشرون السنة النبوية والعلم •

وكما كان هذا دورا تأسيسيا في الفقه ، كان في الوقت نفسه تمهيدا لاتجاه الفقه نحو الفرضيات التي صبغته بصبغة نظرية ابعده فيما بعد عن الاستمداد من الحياة العملية التي كان يستمد منها عهد الخلفاء الراشدين ، واصبح الفقه يشمر من النظر والاقتراض أكثر مما يشمر من وقائع الحياة الفعلية^(١) • فكان هذا المهد نقطة الارتكاز في تحول الفقه بعد ذلك عن صفة الواقعية •

٥٦ - شيوع طريقة الرأي في الفقه :

وفي هذا العصر شاع وكثر استعمال « الرأي » في الفقه بطريق القياس أو الاستحسان أو الاستصلاح ، لاستخراج الاحكام فيما ليس فيه نص يخصه ، والاستنتاج من دلائل النصوص وعملها ، رغم ما أوردته كثرة استعمال الرأي من رد فعل لدى أهل الحديث الذين

(١) ر : كتاب « نظرة غامضة في تاريخ الفقه » للاستاذ علي حسن عبيد القادري ص/ ١٠٨ •

توجبوا خيفة من أن تفشو طريقة الرأي فتؤدي الى التبول في الشريعة بحسب المهوى لا بحسب الدليل ، فهاضوا أهل الرأي مناهضة قوية ، حتى وجد بعد ذلك في العصر التالي من نفى جواز القياس في الشريعة وانكر طريقته ، كداود الظاهري ومن تبعه من متأخري الظاهرية^(١) كابن حزم .

غير أن نقاة القياس قد اضطروا أخيرا اليه تجاه لحوادث الجديدة .
فقد قال أبو الفداء :

« وكان داود يرفض القياس في الشريعة ثم اضطر اليه فسماه دليلا » .

وطريقة أهل الرأي من غير شك هي الطريقة الطبيعية المعقولة .
ويقول الأستاذ علي حسن عبد القادر في كتابه « نظرة عامة في تاريخ الفقه » عن طريقة الرأي :

« انها هي اشرف الطريقتين ، لان الاحاديث التي تؤخذ منها الاحكام قليلة غير كافية لتنظيم كل العلاقات وتقنينها .
فاذا اريد ان لا تمازج بالاحاديث غير الصحيحة كل ثغرات الفقه فيجب ان يجتهد في القليل الموجود بكل طرق الاستنتاج الاولى لكي يبني صرح الفقه » .

والعالم النظري قد يستطيع بسهولة ان يرفض ضرورة الرأي في مصدرة التشريع ، لانه لا يتصل بحوادث الحياة العملية . اما القاضي في بلد كالعراق فلا يمكنه ان يقوم

(١) الظاهرية : هم الذين يتمسكون بظاهر نصوص الكتاب والسنة ويطرحون اعتبار العلل والرأي والقياس . ورئيس مدرستهم ابو سليمان داود بن علي بن خلف ، المشهور باسم : داود الظاهري .

بوظيفته دون القياس والرأي في الحوادث والمسائل التي
لا تخطر على بال الحجازيين » •

٧٥ - وفي هذا العصر اُفترق لفظ « العلم » عن لفظ « الفقه » في
الدلالة ، فأصبح يراد من العلم : معرفة النصوص ؛ ومن الفقه : ملكة
فهم الاحكام من تلك النصوص • وبتعبير آخر : انصرف العلم الى
« الرواية » والفقه الى معنى « الدراية » كما اُفترق لفظ « السنة »
عن لفظ « الحديث » في الدلالة على نحو ما بيناه في مطلع البحث عن
السنة • (ف/٧) •

وفي هذا العصر ظهر في العراق فقه الشيعة الذي يخالف فقه أهل
السنة في نواح •

وان أقرب الفقه الشيعي الى أهل السنة فقه الزيدية المنسوبين الى
زيد بن علي زين العابدين ، وكان اماما ذا شخصية علمية متعددة النواحي •
وقد قيل أن أبا حنيفة كان من تلاميذه •

وقد وضع في الفقه الزيدي كتاب « المجموع » المنسوب الى زيد
نفسه يرويه عنه ابو خالد عمرو بن خالد الواسطي • وقد طعن العلماء
الثقات من القديم في صحة نسبة هذا الكتاب الى الامام زيد لان راويه
الأوحد الواسطي متهم بالكذب ، وعلى كل حال ان لم يكن « المجموع »
أقدم كتاب في الفقه فهو من أقدم الكتب فيه •

الفصل الرابع

الدور الفقهي الرابع

من أوائل القرن الثاني الى منتصف القرن الرابع

٥٨ - في هذا العصر تضخم الفقه جدا ، ونهض نهضته الرائعة بعد عهده التأسيسي السابق .

ونشأت في هذا الدور الواسع مذاهب واجتهادات فقهية جمة : منها المذاهب الاربعة ، وكثير غيرها (١) .

(١) المذاهب الاربعة هي المذهبي الحنفي ، والمالكي ، والشافعي ، والحنبلي :

أ - فالمذهب الحنفي ينسب الى امامه أبي حنيفة النعمان بن ثابت ، وهو فارسي الاصل ، ويسمى : **الامام الاعظم** . ولد سنة ٨٠ / وتوفي سنة ١٥٠ / هـ وكان امام العراقيين . وقد انتقلت زعامة أهل الرأي اليه ، واستقرت عليه ، ووطد طريقة الاستحسان ، واشتهر بقوة الحجة وسرعة الجواب المفهم ، وعمقيرة الفهم والاستنباط .
وأشهر تلاميذه اثنان .

الاول - أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم الذي تولى سلطة القضاء في الدولة العباسية في عهد الرشيد ، وألف كتاب « **الخراج** » .

والثاني - محمد بن الحسن الشيباني وهو من عباقرة الفقهاء الاذكياء ، ومن أئمة اللغة ايضاً . وأبو يوسف ومحمد يلقبان « **الصاحبين** » .
واليهما في النجوة الاولى يعود الفضل في تدوين فقه أبي حنيفة ونشر مذهبه . .

←

وقد استند في أوائل هذا الدور الخلاف بين مدرستي الرأي والحديث ، ثم استقر فيه اعتبار الرأي طريقة فقهية صحيحة بحدودها

ب - والمذهب المالكي ينسب الى امامه مالك بن انس الاصمعي ، وكان عالم المدينة وامام الحجازيين . ولد سنة /٩٣/ وتوفي سنة /١٧٩/ هـ ويعتبر مذهبه وسطا معتدلا بين اهل الرأي والحديث ، لكثرة استناده الى الحديث اذ كانت روايته قد انتشرت ، ولا سيما في مدينة الرسول عليه السلام . على ان مالكا يعد الى جانب اهل الرأي ، ومذهبه واصوله الى الرأي اقرب نسباً .

وقد استفاد من مركزه في المدينة الاتصال الدائم بعلماء الآفاق كلها في موسم الحج ، واجتمع فيه بأبي حنيفة وناظره وقال عنه : « انه لفقيه » (ر : كتاب « مالك » للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ، ص /١/) .

ج - والمذهب الشافعي ينسب الى امامه محمد بن ادريس الشافعي القرشي . وقد ولد سنة /١٥٠/ هـ في غزة ، وربى يتيماً ، ورحل الى العراق والحجاز ، فأخذ عن اصحاب ابي حنيفة وعن مالك . ثم استقر في مصر وترك آراءه القديمة واسس مذهب الجديد ، وتوفي سنة /٢٠٤/ بالقسطنطينة . وكان جم المواهب ، ويعد مذهبه الى اهل الحديث اقرب . وقد انكر على شيخه مالك طريقة الاستصحاب .

د - والمذهب الحنيلي ينسب الى امامه احمد بن حنبل الشيباني تلميذ الامام الشافعي وقد ولد ببغداد سنة /١٦٤/ هـ وعنى بالحديث فبرع فيه واشتهر ، ولذا كان مذهبه اكثر اصطفاً بالحديث . توفي سنة /٢٤١/ .

وقد وجد سوى هؤلاء الاربعة مجتهدون اعظم كثير عددهم متعاصرون ومتعاقبون ، كان لهم فقه جليل وآراء قيمة لا يزال بعضها مسجلاً في الكتب التي دونت اختلاف الفقهاء . ولكنهم لم يكتب لمذاهبهم الخلود لاسباب ، منها انهم لم يرزقوا تلاميذ ذوي قدرة ونشاط يستطيعون حفظها ونشرها .

فمن أولئك المجتهدين شيوخ هؤلاء الائمة الاربعة ، أي اساتذتهم ، كحماد بن ابي سليمان شيخ ابي حنيفة ، وابراهيم النخعي والشعبي

وأصولها الشرعية التي أوضحها أصحابها ، ودفعوا بها عن هذه الطريقة
الشبهات ، بما يبعدها عن معنى القول بالتشهي والهوى المجرد عن
الدليل الشرعي .

يقول الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة :

« لكن الفارق لم يستمر طويلا بين اهل الرأي والحديث ،
فان الطبقة التي جاءت بعد الانمة اصحاب المذاهب وتلاميذهم
قد تلاقوا مهما يختلف اساتذتهم :

فالامام محمد من اصحاب ابي حنيفة يرحل الى الحجاز
ويدرس كتاب « الموطأ » للامام مالك .

والشافعي يتلقى عن محمد بن الحسن فقه اهل الرأي .
وابو يوسف نفسه يؤيد آراء كثيرين من اهل الرأي
بالاحاديث .

ولذا نجد كتب الفقه المختلفة مملوءة بالرأي والحديث
معا ، مما يدل على تلاقيهما وان اختلف الفقهاء كثرة وقلة في
الاخذ باحدهما دون الآخر » (ر : مقلعة « الملكية ونظرية
العقد » للاستاذ المشار اليه ، ف/ ١٦ ، ص/ ٣٧) .

شيوخ حماد ، وكريشة الرأي ، وابن شهاب الزهري ، ويحيى بن سعيد ،
من شيوخ مالك .

ومنهم ايضا غير شيوخهم من معاصريهم لكثيرين ، كجعفر الصادق
وزيد بن علي زين العابدين ، والاوزاعي ، وعبد الرحمن بن ابي ليلى ،
وابن شبرمة المعاصرين لابي حنيفة ، وكالليث بن سعد بمصر . من اكابر
المجتهدين المعاصرين لابي حنيفة . ومالك . وكان بينه وبين مالك مقابلات
ومراسلات فقهية حفظت ونشرت . (انظر الرسالتين المتبادلتين بين
مالك والليث بن سعد في كتاب « مالك » . للاستاذ الشيخ محمد ابي زهرة ،
القسم الاول ف/ ١٠٢ ص ١٠٣ - ١١٤) .

وقد أصبح المحكومات في هذا الدور اتجاه مذهبي في القضاء والحسبة^(١) والعجاية وغيرها من الاعمال ، فكان مثلاً فقه أبي حنيفة ومدرسته هو المذهب السائد في قضاء الدولة العباسية ، وارتبطت العادات والاعراف المحلية بالفقه ، ونبت عليها الاحكام .

٥٩ - وفي أوائل هذا العصر بدء بتدوين الفقه تدويناً علمياً مذهبياً . ومن أقدم كتبه كتب محمد بن الحسن الشيباني تلميذ أبي حنيفة الذي جمع مذهبه ، وكتاب « الموطأ » لمالك بن أنس ، وكتاب « الأم » للشافعي .

سويدي - أيضاً في هذا الدور بتدوين علم أصول الفقه ، ضبط القوانين استنباط الاحكام ، بصد فساد السليقة العربية في الالسنه .

وقد كان هذا العلم الجليل قبل ذلك أصولاً وقواعد غير مجموعة يعرفها الراسخون في علم الشريعة ، وتصدر عنها أقفاهم في فقههم .

وأول كتاب ألف في علم أصول الفقه « الرسالة » في الاصول للامام الشافعي .

ولم يكن هو واضع هذا العلم وقواعده ، فان كل مجتهد انما يسير في اجتهاده على أصول يرعاها ويحتاج بها . وانما الشافعي هو أول من أملى ودون المسائل الاساسية الاولى في علم أصول الفقه .

(١) الحسبة : (بكسر فسكون) : هي في الاسلام وظيفة تنفيذية لتأييد واجب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، أي حماية المصالح العامة التي تسمى في الاصطلاح القانوني اليوم « النظام العام » . كقمع الغش والتشرد وكل فساد . والموظف الذي يقوم بهذه المهمة يسمى : المحتسب . (و : كتاب « معالم القربة في احكام الحسبة » لابن الاخوة ، طبعة ليدن ، الباب الاول) .

— وقد ظهرت في هذا الدور الاصطلاحات الفقهية الكثيرة التي كانت
ثروة خالدة في لغة الفقه والحقوق • وقد اختلفت تلك الاصطلاحات باختلاف
المذاهب وأماكنها •

— وفي هذه المرحلة اشتدت الصبغة النظرية في الفقه ، وظهرت فيه
طريقة افتراض الحوادث قبل أن تقع ، وتقرير أحكامها سلفا ، مما كان
له أعظم تأثير في تضخم الفقه وتوسعه وشحذ الأفكار فيه •

ولكن كان فيما بعد للتمق في ذلك من المساوىء أن ائتمد الفقه
في كثير من أحكامه عن الحاجة العملية والمصالح الزمنية ، ووجدت
فيه طائفة من المسائل يكاد يكون وقوعها مستحيلا ، ودراستها اضاءة
للوقت •

— وفي حدود هذا الدور الواسعة كان تقعد كثير من القواعد
الكلية ، والضوابط الفقهية مستمدة من دلائل النصوص • وذلك
كقاعدة « اليقين لا يزول بالشك » وقاعدة « الاصل براءة الدمة »
وقاعدة « العادة محكمة » ^(١) وقاعدة « الضرر يزال » وقاعدة « المشقة
تجلب التيسير » وغيرها من القواعد الكثيرة التي كانت تدور في
أصول المذاهب ، فاخذت معانيها صيفا لفظية ثابتة ذات شمول واسع •
وسأتمي تفصيل ذلك في القسم الثالث من هذا المدخل ، وهو القسم
المخصص للبحث في القواعد الكلية وشرحها • (ر : ف / ٥٦٠ - ٥٦٤) •

(١) محكمة : بفتح الكاف المشددة ، صيغة مفعول من التحكيم
(ر : ف / ٤٠) •

الفصل الخامس

الدور الفقهي الخامس

من منتصف القرن الرابع الى منتصف القرن السابع

٦٠ - في هذا الدور ركزت حركة الاجتهاد ، وأخلد الراغبون في الفقه الى الكوف على مذاهب أولئك المجتهدين السابقين ، وخاصة منهم الأئمة الاربعة . وتمركز كل مذهب من تلك المذاهب الاربعة في قطر أو أنطار . وتخرج في كل مذهب فقهاء عظام تناولوا المذهب بالتدوين والتنقيح والترتيب .

٦١ - أقال باب الاجتهاد ونشاط حركة التخرين والترويج الملعبية:

وفي النصف الاول من هذا الدور أفتى علماء المذاهب الاربعة بأقال باب الاجتهاد ، لعمود الهمم عن اكتساب مجموعة الصفات والعلوم اللغوية والشرعية بالقدر الذي يؤهل للاجتهاد في أحكام الشريعة . فقد ضعف تمييز العامة بين من يقتدى بهم ومن لا يقتدى بهم ، وخشي العلماء من الشذوذ الجاهل والتخبط الالهوج في الأهواء العلمية أن يهدم ما بناء أولئك العظام من فقه الشريعة بناء علميا صحيحا .

ويرى الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة^(١) أن من العوامل

(١) د : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، ص/ ٣٨-٣٩ .

الفعلية التي وجهت أفكار رجال المذاهب الى الانشاء باغلاق باب الاجتهاد الاسباب التالية :

١ - التعصب المذهبي :

فقد تعصب التلاميذ لآثار أساتذتهم من الأئمة المجتهدين الذين أناروا العصر السابق ، وكشفوا ظلمات المسائل بنور عقولهم الساطع .

ولا يخفى أن التعصب لفكرة يحمل الانسان على الجمود عليها والتعلق بأهدياتها ، ودعوة الناس اليها دون سواها . وهكذا فعل أولئك الذين جاؤوا بعد الأئمة السابقين ، فقد عنوا بدراسة مذاهبهم ونشرها بدلا من السير على منهاجها ، والاجتهاد كما اجتهد أصحابها ، فوثق الناس بالسابقين ، وشكوا في أنفسهم .

٢ - ولاية القضاء :

فقد كان الخلفاء يختارون القضاة أول الامر من المجتهدين لا من مقلديهم ، ولكنهم فيما بعد آثروا اختيارهم من المقلدين ليقيدوهم بمذهب معين ، ويصنوا لهم ما يحكمون على أساسه ، بحيث يكونون معزولين عن كل قضاء يخالف ذلك المذهب^(١) ، ولأن بعض القضاة

(١) لا شك ان من المصلحة تقييد القضاء بأحكام مقننة معينة لكي يعلم الناس سلفا ما تخضع له معاملاتهم من الاحكام ، فيكونوا على بصيرة من صحتها أو فسادها .

ولكن ذلك لا يقتضي ان تكون الاحكام المقننة للقضاء مختارة من مذهب واحد ، بل يختار من كل مذهب ما هو اسد دليلا ، وانطق حكمة ، واجرى مع المصلحة ، فيكون مجموعة فقهية كقانون يتقيد به القضاء ، ثم يتجدد الاختيار من المذاهب تبديلا وتعديلا كلما دعت الحاجة واقتضت المصلحة بحسب اختلاف الزمان .

المجتهدين كان يتعرض الفقهاء المذهبيون لتخطئته ، فيكون حكمه مشارا
لنقد الناس ، لا سبب اطمئنان لهم •



وهذا ما أشار به عبد الله بن المقفع على الخليفة «العباسي» جعفر
المنصور ، ان يوحد ما يقضى به بين الناس في قانون يدونه ويختاره من
آراء القضاة المجتهدين والفقهاء في ذلك العصر بعد تمحيصها والترجيح
بينها •

فقد بين ابن المقفع في رسالته المسماة «رسالة الصحابة» حال اختلاف
القضاة المجتهدين اذ ذاك ، وكيف ان الامر الواحد يقضى فيه أحد القضاة
برأي ، ويقضى غيره في نظيره بخلافه ، في الاموال والانكحة وغيرها ،
ثم قال في خطابه للمنصور :

« فلو رأى امر المؤمنين ان يأمر بهذه الاقضية والسنة
المختلفة ، فترفع اليه في كتاب ، ويرفع معها ما يحتج به
كل قوم من سنة او قياس ، ثم نظر امير المؤمنين في ذلك ،
وامضى في كل قضية رآه الذي يلهمه الله ويعزم له عليه ،
وينهى عن القضاء بخلافه ، وكتب بذلك كتابا جامعاً عزماً ،
لرجونا ان يجعل الله هذه الاحكام المختلفة الصواب بالخطأ
حكماً واحداً صواباً ، ورجونا ان يكون اجتماع السير قربة
لاجتماع الامر برأي امير المؤمنين وعلى لسانه » •

(رسالة الصحابة ، لابن المقفع ، المنشورة في جبهة رسائل العرب
للاستاذ احمد زكي صفوة ، ج ٣ ، رقم الرسالة / ٢٦) •
وهذه فكرة من اجل الفكر لو انها نفنت اذ ذاك •
ولقد هم ابو جعفر المنصور ، ثم الرشيد من بعده ، ان يختار
مذهب الامام مالك وكتابه «الموطأ» قانوناً قضائياً للدولة العباسية فهاهما
مالك عن ذلك وقال :

« ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا في
الفروع وتفرقوا في المبلدان ، وكل مصيب » •
على ان حمل الناس على مذهب واحد معين بجبلته لاي مجتهد كان
ليس هو ما أشار اليه ابن المقفع ، وان كان تزول به مشكلة اختلاف
الاقضية في الامر الواحد •
ولكن رأي ابن المقفع في ذلك اجل واسمى واعظم تحقيقاً لفكرة
الاستفادة من ثمرات اختلاف الاجتهادات كما سنرى •

وهكذا كان تقيد القاضي بمذهب يرتضيه الخليفة سببا في اكتفاء أكثر الناس به وإقبالهم عليه •

٣ - تدوين المذاهب :

فإن تدوينها قد سهل على الناس تناولها ، والناس دائما يطلبون السهل اليسير دون الصعب السير •

وقد كان يدفع الناس الى الاجتهاد في المصور السابقة ضرورة ملجئة الى تعرف أحكام حوادث وشؤون جديدة لا يعرفون حكمها الشرعي •

فلما جاء المجتهدون في الادوار السابقة ، ودونوا أحكام الحوادث التي عرضت والتي يحتمل عروضا ، صار الناس كلما عرضت لهم مسألة وجدوا السابقين قد تعرضوا لها ، فاكتفوا بمقالهم في شأنها فسدت حاجتهم بما وجدوا ، فلا حافظ يحفزهم الى بحث جديد •

وساعد على ذلك ما للأقدمين من موقع علمي كبير جدير بالتقدير ، وما يكسبهم تفوقهم على مضي الزمن من اجلال ، وما يكون من عناية الامم بتكريم سلفها الصالح ليرتبط حاضرها بماضيها برباط متين •

لهذا كله انصرف الناس الى التقليد ، اللهم الا في تعرف علل الاحكام المذهبية ، أو ترجيح بعض الآراء في المذهب نفسه على غيرها •

ويسمى من أوتي القدرة العلمية على ذلك : « مجتهدا في المذهب » ، أي أنه ليس مجتهدا مطلقا ذا مذهب مستقل ، بل هو من أتباع امام مجتهد ، ولكنه ذو رأي معتبر في ضمن مذهب امامه ، وفي البناء على اصوله •

ومما هو جدير بالاعتبار أن أكثر الأئمة قد روي عنهم انهم كانوا ينهون عن تقليدهم من غير اقتناع بأدلتهم^(١) .

فأبو يوسف صاحب أبي حنيفة يقول :

« لا يحل لأحد أن يقول قولنا حتى يعلم من أين قلناه » .

والشافعي يقول :

« مثل الذي يطلب العلم بلا حجة كمثل حاطب ليل ، قد يحمل حزمة حطب وفيها افعى تلغغه وهو لا يدري » .

وأحمد ابن حنبل يقول : « لا تقلد في دينك أحدا » .

وقد فرق أحمد بن التقليد والاتباع ، فقال :

« الاتباع ان يتبع الرجل ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن اصحابه ، ثم هو في التابعين مخير » .

٢٢ - اجتهاد الجماعة :

هذا ، وإذا كانت صيانة الاحكام الاجتهادية التي وجد منها ثروة فقهية كافية في الماضي قد اقتضت سد باب الاجتهاد الفردي ، ففي هذا الزمن تغير وجه المصلحة بما جد من عجائب الحضارة . فقد سخر الانسان فيه ما شاء من قوى الطبيعة الكونية حتى طار في الهواء وغاص مسافرا ومحاربا تحت الماء ، ثم حطم الآن الذرة واستخدم من قوتها ما حير العقول . وأصبح بفلكة زر من جهاز كسندوق صغير ، يرى فيه ويسمع من بلاد نائية . وغزا الفضاء فأطلق الاقمار الاصطناعية

(١) ر : د اعلام الموقعين ، لابن القيم ٣٠١/٢ - ٣٠٢ .

تدور حول الارض • ثم هو يوثق أن يحقق حلم الرحلة الى القمر ، وأصبحت المواصلات بين مشارق الارض ومغاربها تتم في سرعة ملح البصر بقوة الكهرباء ، وتراپطت علائق الامم الاقتصادية بعضها ببعض ، وتلاقت قوانينها وجها لوجه • لذلك أصبح من مصلحة الفقه الاسلامي نفسه أن يقوم فيه اجتهاد من نوع آخر ، هو اجتهاد الجماعة على طريقة الشورى العلمية في مؤتمرات فقهية تضم فحول العلماء من مختلف المذاهب والاقطاع ، ليفوا حاجة العصر من هذا الفقه الاسلامي الفياض الذي لا ينضب معينه •

وهذه الشورى هي الطريقة التي كان يلجأ اليها الخلفاء الراشدون في المشكلات العلمية والسياسية كلما حزبهم أمر •

وقد كان لعمر بن الخطاب شورى خاصة ، وشورى عامة •

— فشوراه الخاصة كانت تختص بعلية الصحابة من المهاجرين الاولين وكبار الانصار • وهؤلاء يستشيرهم في صغير أمور الدولة وكبيرها •

— وأما الشورى العامة فقد كان يجمع فيها ذوي الرأي من أهل المدينة اجمعين في الامر الخطير من أمور الدولة ، فيجمعهم في المسجد النبوي ، واذا ضاق بهم جمعهم خارج المدينة ، وعرض عليهم الامر ورأيه فيه •

فمن ذلك استشارته لهم في أراضي سواد العراق عندما اختلف فيها مع رجال الجيش الفاتح الذين أرادوا اقتسامها كالفنائم المنقولة مما تقدم ايضاحه في/ ٥٧ • فقد جمع الصحابة وتناقشوا في ذلك ، وتكرر اجتماعهم يومين أو ثلاثة حتى استقر الرأي على موافقة عمر في

أنها فيه لا يقسم على الغائبين ، لأنه تتعلق بشرائعه حقوق الأجيال
• مقدمة أيضا •

(ر : مقدمة « الملكية ونظرية القصد » للاستاذ ابي زهرة ،
ف/١٢/ص ١٨) •

وأصل هذه الشورى في القرآن قوله تعالى عن المؤمنين :
« وأمرهم شورى بينهم » • والامر يشمل الشأن العلمي والسياسي •

وقد بين النبي صلى الله عليه وسلم طريقة الشورى في الشؤون
القضائية بجمع أهل العلم ومداوتهم ، والصدور عن رأي مجتمع
مشترك •

فقد روى مالك بن أنس بسنده الى علي بن أبي طالب رضي الله
عنه أنه قال :

« قلت : يا رسول الله ، الامر ينزل بنا لم ينزل فيه القرآن ،
ولم تمض فيه منك سنة ؟ »

فقال : اجمعوا العالمين من المؤمنين ، فاجعلوه شورى
بينكم ، ولا تقضوا فيه برأي واحد •

(ر : اعلام لمؤمنين لابن القيم ١/٧٣ - ٧٤) •

ولا ريب أن هذا الرأي العلمي الذي يصدر عن الشورى المجتمعة
والتحصيل والتحقيق المشترك يكون أضمن للصواب والمصلحة من
الآراء الفردية •

وقد تقدم أن هذه الشورى في عهد الخلفاء الراشدين هي التي نشأ
بها فعلا مصدر الاجماع من مصادر الفقه الاسلامي •

وقد أخذ الاجتهاد المالكي بمبدأ هذه الشورى العلمية بين علماء كل زمن في تعديل الاحكام الفقهية عندما يتبدل فيها عرف الناس ومقاصدهم العملية •

وهذا هو اجتهاد الجماعة الذي نرى أنه لا يسوغ انقطاعه^(١) •

٦٣ - مزاي هذا الدور :

- كان لكثير من فقهاء المذاهب في مرحلة هذا الدور اجتهاد مقيد محدود ، أي آراء فقهية قائمة على أصول المذهب الذي يتبعون اليه قد يخالفون فيها امام مذهبهم في بعض الاحكام مخالفة مستندة الى التخريج على أصوله نفسها بنظر آخر • (ر : ف / ٦١) •

- وقد حل هذا الاجتهاد المقيد محل الاجتهاد المطلق الذي كان في طبقة أئمتهم •

- وقد بلغ النتائج الفقهية في مدى هذا الدور وسابقه على أيدي كبار المؤلفين المذهبيين مبلغا يجعل عن التحديد والتصوير •

- وكانت في هذا الدور ، رغم توقف الاجتهاد ، جهود كبرى في تنظيم تلك المذاهب وجمع شتاتها ، ثم في تحليل مسائلها وتخريج الحوادث الجديدة على أصولها ، وفي ترجيح الآراء والأقوال التي يختلف فيها ضمن المذاهب •

- واتسع بذلك أيضا علم اصول الفقه على أيدي كبار رجال

(١) انظر في هذا الموضوع المحاضرة التي كتبها ونشرها الاستاذ الكاتب المؤرخ الكبير رفيق بك العظيم رحمه الله بعنوان « قضية الجماعة وقضاء الفرد » •

تلك المذاهب • وكان اتساعه نتيجة لازمة لتلك التوسعات المذهبية التي
يجب أن تستند إليه •

— وما يمتاز به هذا الدور تشعب الآراء الفقهية في كل مذهب
بسبب اتساع دائرته ، واختلاف آراء المخرجين فيه لأحكام الحوادث ،
مضافا ذلك الى اختلاف الروايات في كثير من الموضوعات عن امام
المذهب نفسه ؟ اذ قد يكون له في الموضوع الواحد عدة آراء منقولة
مختلفة •

وهذا ما أدى الى استمرار حركة الترجيح والتصحيح لبعض الآراء
والروايات ، والتضعيف لبعضها ، يعتمد الفتون والقضاة على الآوى
منها •

— وقد ظهرت في هذا الدور كتب الفتاوى التي سبحت عنها في
الدور السادس •

٦٤ — المناظرات المذهبية :

وكانت في هذا الدور مناقشات ومناقشات ومناظرات واسعة بين
رجال المذاهب استمرت الى ما بعد ذلك ، تسودها صبغة العصبية المذهبية
أكثر من الغرض العلمي •

وقد وصلت تلك المناظرات في العصور التالية لدى المتأخرين من
رجال المذاهب الى تشاحن بل تطاحن كرهية ، وان كانت قد خلفت لنا
كثيرا من الطرائف الفقهية ، واللطائف العلمية الدقيقة التوليد •

• وكان المالكية أبعد من غيرهم عن مترك هذا الجدل المذهبي •

وان هذه العصبية المذهبية في فقه الاحكام لدى المتأخرين من

انباع المذهب الأربعة كانت تنفيذها عوامل زمنية قد وجهتها اتجاهها معاكسا لروح التسامح والتقدير العلمي المتبادل المشهور بين أئمة تلك المذاهب أنفسهم . حتى لقد وصل بعض رجال المذاهب فيما بعد الى القول بأن من نرائط التقليد المذهبي أن يعتقد المقلد بأن مذهب امامه كله صواب يحتمل خطأ ، ومذهب غيره خطأ يحتمل الصواب !! مع أن تلك المذاهب الفقهية كلها تستمد استمدادا معتبرا من منابع الشريعة بأساليب صحيحة مختلفة مقبولة في فهم نصوصها والتخريج على قواعدها . ويعد هذا الاختلاف ثروة عظيمة في الفقه الاسلامي ونظرياته ، كما سنرى في انبأب الخامس الآتي .

وان الاخلاص للمشرعة التي يظهر هذا الاختلاف المذهبي ما فيها من قابلية للخلود واتساع لشتى النظريات الفقهية يوجب على رجال كل مذهب أن يعترفوا بوجود المذهب المخالف ، ويتبادلوا التقدير كما كان يفعل أئمة مذاهبهم من قبل .

الفصل السادس

الدور الفقهي السادس

في منتصف القرن السابع الى ظهور المجلة سنة ١٢٨٦ هـ

٦٥ - في هذا الدور أخذ الفقه بالانحطاط . فقد بدأ في أوائله بالبركود وانتهى في أواخره الى الجمود ، وان كان في بحر هذا الدور الواسع قد برز بعض الفحول اللامعين ، من الفقهاء والاصوليين .

ففي هذا العصر ساد الفكر التقليدي المطلق ، وانصرفت الافكار عن تلمس الملل والمقاصد الشرعية في فقه الاحكام الى الحفظ الجاف ، والاكتفاء بتقبل كل ما في الكتب المذهبية دون مناقضة .

وظفقت يتضائل ويغيب ذلك النشاط الذي كان لحركة التخريج والترجيح والتنظيم في فقه المذاهب . واصبح مريد الفقه يدرس كتاب فقيه معين من رجال مذهب فلا ينظر الى الشريعة وفقهها الا من خلال سطوره ، بعد أن كان مريد الفقه قبلا يدرس القرآن والسنة ، واصول الشرع ومقاصده .

وقد أصبحت المؤلفات الفقهية - الا القليل - أواخر هذا العصر اختصارا لما وجد من المؤلفات السابقة أو شرحا له . فانحصر العمل الفقهي في ترديد ما سبق ، ودراسة ألفاظ وحفظها .

وفي أواخر هذا الدور حل الفكر العلمي محل الفكر العلمي لدى
كثير من متأخري رجال المذاهب الفقهية .

٦٦ - طريقة المتن :

وقد شاعت كنتيجة لذلك طريقة « المتن » في التأليف الفقهية
وأصبحت هي الطريقة السائدة العامة ، وحلت كتب المتأخرين فيها محل
كتب المتقدمين القيمة في الدراسة الفقهية .

وطريقة المتن هذه يعمد فيها المتأخرون الى وضع مختصرات
يجمعون فيها أبواب العلم كلها في ألفاظ ضيقة يتبارون فيها بالابجاز ،
حتى تصل الى درجة المسخ أو الالفاز ، وتكاد كل كلمة أو جملة
تشير الى بحث واسع أو مسألة تفصيلية ، كمن يحاول حصر الجمل في
قارورة ! ويسمى هذا المختصر « متنا » (١) .

ثم يعمد مؤلف المتن نفسه ، أو سواء ، الى وضع « شرح » على
المتن لايضاح عباراته ، وبسط تفاصيل مسائله ، والزيادة عليها .

ثم توضع من قبل آخرين تعليقات على تلك الشروح تسمى
« الحواشي » ثم توضع على تلك الحواشي ملاحظات تسمى
« تقارير » .

(١) المتن (بفتح فسكون) : اصل معناه في اللغة ما يكون في جانب
صلب الحيوان من لحم وعصب ، فللظهر متنن عن جانبي الصدود الفقري .
وقد يطلق المتن في الاستعمال على الظاهر كله . (ر : المصباح المنير) .

وقد سموا به في الاصطلاح هذه المختصرات العلمية ، لانها تتضمن
المسائل الاساسية التي يحمل عليها غيرها ، كما ان الظاهر اساس للركوب
والحمل .

وتتضمن تلك الشروح والحواشي والتقارير كثيرا من المناقشات
اللفظية في حل المبارات والألفاظ دون المقاصد الجوهرية في العلم •
وقد يضع الموضوع الواحد أو يشتت ما بين المتون والشروح والحواشي
والتقارير •

ولا نغني بهذا خلو الحواشي من الفوائد العلمية ، بل هي مشحونة
بكثير من التحليل والتحقيق والتمحيص والمباحث ذات الشأن ، ولكنها قد
مزج فيها الباب بالقشور ، وعانى الفقه فيها سقم الطريقة •

٦٧ - وتاريخ المتون في الحقيقة يرجع الى أقدم من هذا العصر •
ولكنها عندما ظهرت قديما كان الغرض منها حكما : وهو جمع المسائل
الاولية البسيطة في متون صغيرة بعبارة سهلة لتكون مبادئ لشدة^(١)
الفقه على نحو « الأجرومية » في علم النحو • وهذا الغرض يقضي
بأن يبقى المتن مختصرا بسيطا سهلا للمسائل الاولية مقصورا عليها للغاية
التعليمية ، فلا توضع عليه الشروح الواسعة ولا الحواشي المعقدة •

ولكن المتون انقلبت في العصر المبحوث عنه الى طريقة عامة
تعقيدية في تأليف الفقه ؟ حتى أن من يريد أن يترك له أثر وذكر علميا
لا يفكر أن يخدم العلم بمؤلف مستقل يعتمد به الى التجديد في
أسلوب الفقه ولقته ، وفي تقيحه وتقسيمه ، وترتيبه وتبويبها ،
والرجوع بمسائله المشتتة في غير أبوابها الى أبوابها ومناسباتها ،
فيضيف الى جهود المتقدمين الحميدة جهودا جديدة^(٢) ؟ بل كان كل

(١) الشافعي : المبتدئ الذي يأخذ طرفا من العلم والادب ، جمعه
شدة ، كقاض وقضاة ، واصله في اللغة : من يقطع قطعة من الأبل
ويسوقها • (ر : المصباح والقاموس) •

(٢) نذكر بهذه المناسبة ان من مفاخر المؤلفين في الفقه الحنفي الامام

مؤلف متأخر يحصر جهده في وضع حاشية على شرح ، أو شرح على متن مقعد ، أو يضع متنا على نسق سائر المتون الاختزالية اللغزية التي تقدمته .

من هنا نرى أن طريقة المتون بدأت قديما معقولة الفكرة والغرض لوضع مبادئ العلم البسيطة تسهيلا على المبتدئين ، ثم أصبحت بالموامل التقليدية على أيدي المتأخرين أشواكا وتعاريج توغر بها طريق الفقه ، واعتاص على غير ذوي الاختصاص ، وأصبحت دوحه الفقه في أخريات هذا الدور تحمل الورق الكثير عوضا عن الثمر اليانع .

٦٨ - مزايا هذا الدور :

وعلى كل يتميز هذا الدور الفقهي عن سواء بأمور ثلاث ذات بال :

٦٩ - (الامر الاول) - نشاط حركة التدوين في التطبيقات الفقهية ، وما انتج من كثرة كتب « الفتاوى » التي كانت ظهرت قبل هذا العصر ولكنها كثرت فيه .

فان كثيرا ممن تقلدوا مهمة الافتاء الرسمية ، أو بلغوا من المكانة العلمية ما كانوا فيها مرجعا للناس في استفتائاتهم ، قد سجلوا فتاواهم في كتب خاصة ، وربوها غالبا على أبواب الفقه .

→
علاء الدين الكاساني المتوفي سنة /٥٨٧ هـ . الذي وضع كتابه « بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع » توسيعاً لكتاب « تحفة الفقهاء » لشيخه علاء الدين السمرقندي ، فقد نشر الكاساني في « بدائعه » فقه المذهب من الكتب ثم صاغه صياغة جديدة في سبعة مجلدات لا على مثال سبق ، بأسلوب وترتيب موضوعي معجب ، فكان من المجددين حقا في تدوين الفقه .

وكتب الفتاوى هذه تمثل الناحية التطبيقية العلمية من الفقه ،
وتظهر نتائج المبادئ النظرية والاحكام المقررة ، ومدى ملائمتها
للمصلحة التطبيقية عند وقوع الحوادث غير المتوقعة ؟ وهي أيضا مصدر
صالح للوقوف على النصوص الفقهية في الحوادث المتوقعة كل وقت ، لأن
الحوادث المتأخرة كثيرا ما تتشابه مع وقائع الماضي ..

واسلوب كتب الفتاوى يجري غالبا على طريقة ذكر السؤال
واردافه بالجواب مع النصوص المذهبية التي يستند الجواب اليها . وقد
يقتصر فيها على سرد أحكام الوقائع دون الاسئلة .

وقد وجد من كتب الفتاوى في هذا الدور ما كان ولا يزال من
أهم المراجع الفقهية ؛ كالفتاوى التارخانية ، والخانية ، والبزازية ،
والحامدية ^(١) .

(١) الفتاوى الهندية ، وتعرف أيضا باسم « الفتاوى العالمية »
من أشهر الكتب المطبوعات في الفقه الحنفي . وهي منسوبة الى الملك
« محمد اورنگ زيب » وهو من السلالة المغولية التي حكمت في الهند
دهرا طويلا . ويلقب باسم « عالمكبر » أي فاتح العالم . وكان منكبا صالحا
ذاهبة عالية وزهد ، قضى على عناصر الفساد في اسرته ، وأخضع الهند
كلها تقريبا لحكمه ، فبسط سلطانه عليها من سنة ١٠٦٩ / الى
١١١٩ / هـ - (١٦٥٨ - ١٧٠٧ م) وكان يمشي من ثمن المصاحف التي
كان يكتبها بخط يده .

وقد جمع هذا الملك لتأليف كتاب الفتاوى الهندية فقهاء الحنفية في
عصره برئاسة الشيخ نظام الدين ، وأجرى عليهم النفقات ، ووضع تحت
تصرفهم مكتبة عظيمة . فانتخبوا من جميع كتب المذهب الحنفي اصح
ما فيها من الاحكام ، وصاغوها في هذا المؤلف الجليل ، مع عزو كل حكم
الى مصدره ، فاحتوى على ما لا يوجد في سواه . وقد طبع في مصر
لأول مرة سنة ١٢٨٢ / هـ في ستة مجلدات ضخمة . ثم طبع في المطبعة
الإمبرية ببولاق سنة ١٣١١ / هـ .

(ر : اكتفاء القنوع بما هو مطبوع ، ص ١٤٦ / ، ومجمع المطبوعات
الخريرية لسركيس ج ١ ص ٤٩٨) .

٧٥ - (الامر الثاني) - صدور الارادات السلطانية في العهد العثماني في بعض المسائل الفقهية العملية ، كمنع سماع الدعاوى بعد مرور الزمن المين ، وهو المسمى : **التقادم** ، والى غير ذلك من التدابير الصادرة بأرادات سلطانية •

والاجتهاد الاسلامي قد أقر لولي الامر العام من خليفة أو سواء أن يحد من سمول بعض الاحكام الشرعية وتطبيقها ، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح اذا اقتضت المصلحة الزمنية ذلك ، فيصبح هو الراجع الذي يجب العمل به ، وبذلك صرح فقهاؤنا ، وفقا لقاعدة « **المصالح المرسله** » وقاعدة « **تبدل الاحكام بتبدل الأزمان** » •

ونصوص الفقهاء في مختلف الابواب تفيد ان السلطان اذا أمر بأمر في موضوع اجتهادي (أي قابل للاجتهاد غير مصادم للنصوص القطعية في الشريعة) كان أمره واجب الاحترام والتنفيذ شرعا • فلو منع بعض العقود لمصلحة طارئة واجبة الرعاية ، وقد كانت تلك العقود جائزة نافذة شرعا ، فانها تصبح بمقتضى منعه باطلة أو موقوفة على حسب الامر^(١) (ر : رد المحتار ١/ ٥٥) •

(١) جاء في كتاب الوقف من النثر المختار وحاشيته رد المحتار نقلا عن معروضات المولى ابي السعود - (وهو مفتي المملكة العثمانية ثم قاضي القسطنطينية في عهد السلطانين سليمان وسليم ، ومن كبار رجال المذهب الحنفي المتأخرين المول على فتاويهم وترجيحاتهم) - انه :

صدر الامر السلطاني بعدم نفاذ وقف المدين في القدر الذي يتوقف عليه تسديد الدين من امواله : قطعاً لما يلجأ اليه بعض الناس من وقف اموالهم لتهربها من وجه الدائنين •

وبناء على الامر صرح الفقهاء من بعده بعدم نفاذ مثل هذا الوقف شرعا ، وقد كانت المنصوص في أصل المنصب صريحة في نفاذ وقف

وهذا من سماحة الفقه الاسلامي وسجاحته ومروته التي أكسبته
قابلية للموافاء بمصالح الازمان والاجيال .

المدين ولو كان دينه محيطا بجميع امواله . لان المدين اما يتعلق بـ

لا يمين ماله .

(ر : رد المحتار / ٣ / ٣٩٥ - ٣٩٦) .

ونص العفواء أيضا على ان اللقطة - وهي المال الضائع يجده شخص -
اذا كانت مما يحتاج الى نفقة ، كالحيوان مثلا ، يأمر القاضي ببيعها وحفظ
ثمناها ، أو يأمر بايجارها ان امكن وينفق عليها من أجرتها ، كي لا تتراكم
نفقتها ديناً على صاحبها . فاذا كانت اللقطة عبداً أبقا يكون هذا البيع
نافلاً على مولاه فليس للمولى نفذه اذا علم وجاء مطالباً . وهذا من ولاية
القضاء .

هذا حكم عام في اللقطة وفقاً لنصوص الشريعة والقواعد الفقهية .
لكن نقل صاحب الدر المختار عن مروضات المولى ابي السعود أيضاً :

« ان العبد الأبق اذا كان من عبيد العسكرية فقد صدر
الامر السلطاني بمنع القضاء من بيعه كيلا يتغل العبيد الأباقي
وسيلة للتخلص من خدمة الجيش . »

ثم قال :

« وحيث لا يصح بيع هؤلاء العبيد بل يؤغلون من
مشتريهم ويرجع المشتري بالثمن . »

وكذلك بيع العبيد الآبقين من الرعايا اذا بيعوا بفن فاحش،
وبذلك ورد الامر السلطاني ايضاً فليحفظ فإنه مهم » ١ هـ .

(ر : كتاب الآبق في رد المحتار ج ٣ ص / ٣٢٥ - ٣٢٦) .

فانت ترى من هذه النصوص الصريحة أن الامر والمنع السلطاني
بحسب المصلحة يقلب صفة العقد الصحيح النافذ في اصل الشرع ،
فيصبح باطلا في النظر الشرعي نفسه بمقتضى هذا المنع من ولي الامر .

والهمم جدا في هذه النصوص ليس هو للموضوعات التي وردت فيها ،

٧١ - (الامر الثالث) - بدء حركة التفتين أو آخر هذا العصر

بل المبدأ الفقهي الذي تتضمنه ، لما له من تأثير ذي بال في شتى الاحكام .

فاليوم - مثلا بعد صدور القوانين التي توجب تسجيل العقود العقارية من بيع ووهن ونحوهما في السجل العقاري ، وتقتضي باعتبار ما يعقد من هذه العقود خارج المكتب العقاري باطلا ، أو غير نافذ الاثر - يجب أن تعتبر هذه العقود في نظر الشرع أيضا مكنا باطلة أو غير نافذة على حسب النص القانوني ، لأن هذا المنع صدر عن ولى الامر لمصلحة زمنية في تنظيم السجل العقاري يعود إليه شرعا أمر تقديرها .

فلا مجال لما يتوهمه بعضهم من أن هذه العقود العقارية تبقى صحيحة ونافذة شرعا في الواقع ، وأنه يجب تنفيذها ديانة وإن كانت باطلة أو غير نافذة قضاء بالنظر القانوني ، بحجة أن الشرع لم يشترط في شيء من هذه العقود تسجيلا ، وإنما اكتفى بالإيجاب والقبول اللفظيين .

ومثل ذلك يجب أن يعتبر في قضية التفريق بين الزوجين بطلب المرأة بناء على قانون الاحوال الشخصية لديننا ، فلا مجال لما يتوهمه بعضهم من أن المرأة تبقى في الواقع ديانة على عصمة زوجها الذي قضى بالتفريق بينها وبينه .

مثل آخر هام :

وهناك مثل آخر هام يتصل بهذا المبدأ أقله هنا عن لقهاء المنحجب الحنفى ، لا على أساس التسليم بتفصيله ، بل على سبيل عرضه لتبحث : ذلك انه قد ذكر صاحب الدر المختار في آخر « باب القرض » من كتاب « البيوع » أن شرهه الشيء الرخيص بالثمن الفاسي في مقابل الاستقراض من « البائع جائز للمعاجة » وقد سموه « بيع المعاملة » ، (وهي كما ترى طريقة احتيال للقرض بمنفعة) .

وذكرها أيضا صاحب الدر المختار نفسه قبل ذلك آخر باب المراجعة في البيع قبيل فصل القرض باسم « المراجعة » ، وهي أن يبيع البائعين للمدين شيئا بأغل من قيمته بحيث يحصل للبائع ربح يعادل الزيادة التي يريدھا لقاء تأجيل الدين الى المدة التي يطلبها المدين .

أي إصدار القوانين التي عدلت من الأحكام الفقهية الشرعية المعمول بها في المذهب الحنفي الذي هو مذهب الدولة العثمانية ، نظرا لما كان

→

وقد صرح في هذا المكان من الدر وحاشيته نقلا عن فقهاء المذهب ، انه :

لو قضى المدين الدين قبل حلول اجله الذي عقدت من اجله المراجعة ، او اذا توفي المدين بعد المراجعة قبل نهاية الاجل ، فاستوفى الدين دينه من تركة المدين لحلول الدين المؤجل بسبب وفاته ، فان الثاني لا يستحق من المراجعة الا بنسبة ما مضى من الاجل ، وإذا كان قد قبض الربح وجب عليه رد حصة ما بقي من الاجل .

ونقل ابن عابدين هنا عن صاحب الفنية انه سئل الفقيه نجم الدين : اتفتي بهذا أيضا ؟ قال : نعم ، كما افتى به أيضا الحانوتي ومفتي الروم ابو السعود والشيوخ حامد العمادي في فتاواه الحامدية .

وقد نقل صاحب الدر المختار آخر فصل القرض انه ورد الامر السلطاني وفتوى شيخ الاسلام بأن لا تزيد المنفعة عن خمسة في المائة من مبلغ القرض ، فاذا زادت يعاقب الشخص لمخالفة الامر السلطاني .

ونقل ابن عابدين أيضا في حاشيته هنا عن كبار رجال المذهب كالخصاف ومحمد بن سلعة جوازهم ، وعن بعضهم كراهته ، ثم نقل عن السالحاني « انه صدر امر سلطاني مبني على فتوى اخرى برفع نسبة المنفعة الى خمس عشرة في المائة وعليها العمل » لأن الامر بها متأخر عن الاول فكان معذرا له . وعلم ابن عابدين عقوبة من يخالف ويأخذ زيادة عن الحد المحدد في الامر السلطاني بأن « طاعة امر السلطان بمباح واجبة » .

وقد بحث ابن عابدين في أن مجرد مخالفة الامر السلطاني في عقد لاوجب فساد العقد . ولكن هذا يدل على أن الامر السلطاني اذا تضمن النص على بطلان العقد المخالف فانه يكون باطلا حتما . (ر : الدر المختار وود المختار ج ٤ ص / ١٧١ و ١٧٥) .

وقد ذكر ابن عابدين أيضا في رد المحتار آخر الباب الاول من كتاب

→

يلحظ من حاجات جديدة محلية ، وأخرى ناشئة عن ارتباط العلاقات الاقتصادية ببلاد أوروبا وقوانينها •

القضاء ان صاحب البحر ابن نجيم قد نقل عن أئمة المذهب « ان طاعة الإمام في غير مصيبة هي واجب » ، حتى لو امر بصوم يوم وجب صومه شرعا « (ر : رد المحتار ج ٤ ص / ٣٤٤) •

مشكلة اعطاء هذه الصلاحية لولاة الامور

والحل الصحيح لها

بقي ان يقال : ان اعطاء هذه الصلاحية لولي الامر العام يؤدي الى امكان ان يتصرف هذا الحاكم بحسب هواه في تغيير الاحكام الاجتهادية وتقييدها بأوامر أو قوانين زمنية يصدرها ، وقد لا يهسه موافقتها لقواعد الشريعة ، وقد يكون هو جاهلا أو فاسقا لا يبالي تهديم الشريعة • فكيف يجب طاعته شرعا في هذه الاوامر ؟

والجواب :

ان هذه النصوص الفقهية مفروضة في إحدى حالتين :

— إما أن يكون الحاكم نفسه من أهل العلم واللتقوى والاجتهاد في الشريعة كما كان في الصدر الاول من العهد الاسلامي •

— وإما أن لا يكون عالما مجتهدا ، وعندئذ لا يكون لأوامره هذه الحرمة الشرعية إلا اذا صدرت بعد مشورة أهل العلم في الشريعة وموافقتهم •

ولذلك كانت الاوامر القانونية التي تصدر في عهد السلطانين سليم وسليمان القانوني فيماله مساس بالشؤون الشرعية إنما تصدر غالبا على فتوى المولى ابي السعود ، وهو من أعظم الفقهاء لمفتين • ثم في بواخر العهد العثماني كانت الاوامر السلطانية تصدر بموافقة دكر المشيخة الاسلامية •

الفصل السابع

الدور الفقهي السابع

منذ ظهور المجلة الى اليوم

٧٢ - يمتاز هذا الدور بمميزات ثلاثة لها شأن تاريخي هام في أسلوب الفقه الاسلامي وفي سيادته القضائية :

الاول - ظهور مجلة الاحكام الشرعية بصفة قانون مدني عام من الفقه الحنفي •

الثاني - اتساع دائرة التقنين الذي بدأ أواخر العصر السابق ، وقيام بناء قانوني ضخم الى جانب صرح الفقه الشرعي •

الثالث - الاتجاه المصري الى الاستفادة من فقه المذاهب الاجتهادية كلها •

وسنوضح هذه النواحي الثلاث فيما يلي :

(ا) - ظهور المجلة وسببه

٧٣ - ان الفقه الاسلامي احكامه متوفرة في الكتب الفقهية في كل مذهب من المذاهب الاجتهادية •

وهناك أحكام كثيرة موجودة في غير مكان بحثها ، ومذكورة
بالمناسبات الاستطردادية في غير أبوابها •

وهذه الكتب متفاوتة في استيعابها للأحكام العلمية والآراء المذهبية
بحسب كونها مختصرة أو مطولة • فقد تجد في كتاب من الأحكام ما لا
تجد في آخر ، أو ما يخالف الآخر ، كما أنها متفاوتة في لغتها وعباراتها
وأسلوبها كتفاوت شروح القوانين اليوم في هذه الجهات •

وبما أن كل مذهب اجتهادي لا يخلو من آراء وأقوال مختلفة في
انقضية الواحدة ، لاختلاف الروايات في أصل المذهب عن امامه ،
أو لاختلاف المخرجين لأحكام الحوادث الجديدة ، والمرجحين الذين
سلف ذكرهم ، لذلك كانت درجة اعتبار كتب المذهب والآراء الفقهية
المنقولة فيها تختلف وتفاوت بحسب تفاوت المكانة العلمية التي لمؤلفي
تلك الكتب ، أو أصحاب الآراء والأقوال المنقولة فيها •

فالبحت عن نصوص الأحكام الفقهية في تلك الكتب واستخراجها
من مظانها وغير مظانها ، ومعرفة القوي الراجع من الضيف المرجوح ،
يحتاج الى قدرة ومرونة فقهية طويلة تصعب على الكثيرين •

ولما بدىء بتأسيس المحاكم النظامية في الدولة العثمانية ، وأصبح
يعود اليها اختصاص النظر في أنواع من الدعاوي كانت قبل ذلك ترجع
الى المحاكم الشرعية ، ودعت الحاجة الى تيسير مراجعة الأحكام الفقهية
على المحاكم غير الشرعيين ، وتمريفهم بالأقوال القوية المعمول بها من
الضعيفة المتروكة دون أن يفرغوا على ذلك في كتب الفقه الواسعة
النطاق ، صدرت ارادة سنية سلطانية بتأليف لجنة لوضع مجموعة من
الأحكام الشرعية التي هي أكثر من غيرها دوراناً في الحوادث •

فوضعت اللجنة في سنة /١٢٨٦/ للهجرة هذه المجموعة منتقاة من قسم المعاملات من فقه المذهب الحنفي الذي عليه عمل الدولة ، وربت مباحثها على الكتب والابواب الفقهية المهودة ، ولكنها فصلت الاحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة كالتوانين الحديثة ، ليسهل الرجوع اليها والاحالة عليها . فجاء مجموعها في /١٨٥١/ مادة .

وقد أخذت بعض الاقوال المرجوحة في المذهب للمصلحة الزمنية التي اقتضتها .

ومواضيعها ستة عشر كتابا منقمة الى أبواب ، والابواب الى فصول ؛ أولها كتاب « اليسوع » وآخرها كتاب « القضاء » ، وهي بالترتيب التالي :

اليسوع - الاجارات - الكفالة - العوالة - الرهن - الامانات - الهبة - القصب والانتلاف - الحجر والاكراه والشفعة - الشركات - الوكالة - الصلح والابراء - الاقرار - الدعوى - البيئات والتحليف - القضاء .

٧٤ - وقد سمت اللجنة هذه المجموعة « مجلة الاحكام العملية »

وصدرتها بتقرير « لائحة الاسباب الموجبة » ، أي المذكرة الايضاحية ؛ ثم قدمتها بمقدمة تشتمل على مقالتين :

(الأولى) - في تعريف الفقه وتقسيمه .

(والثانية) - ذكرت فيها طائفة من القواعد الكلية التي تعتبر كل واحدة منها أصلا فقها تدور عليه أحكام كثيرة ؛ فأوردت منها تسما وتسمين قاعدا : أولاها قاعدة « الامور بمقاصدها » ، وأخرها قاعدة : « من سعى في نفس ما تم من جهته فسميه مردود عليه » .

وقد صدرت الإرادة السنية السلطانية في شعبان سنة / ١٢٩٣ /
بإلزام العمل بها وتطبيق أحكامها في محاكم الدولة .

فبذلك أصبحت هذه المجلة قانونا مدنيا علما متخبا من الاحكام
الفقهية ؟ فما وجد فيه لا يعول على ما يخالفه في كتب الفقه لاقرانه بالامر
السلطاني ، وانما يرجع انقضاء الى نصوص الفقهاء فيما لا نص عليه في
المجلة التي هي القانون العام .

٧٥ - والشئ الجديد البارز في المجلة هو أنها قد تجل بها
التمييز والتفريق في تأليف الفقه بين أسلوب المصادر الطميمة أو
التعليمية ، وأسلوب المراجع القضائية ، من حيث الترتيب ، والترقيم ،
وتسهيل العبارة ، والاقتصار على قول واحد يعمل به في كل مسألة
دون ذكر اختلافات الفقهاء المستفيضة في كتب الفقه . وهذا من مقتضى
الصياغة اقلونية ، فان القانون لا يجوز أن يشتمل على غير الحكم الواجب
التطبيق ؟ أما ميدان الآراء فانما هو الشروح التي توضع لتكون مصدرا
علميا أو تعليميا .

وكانت المجلة حريصة جدا على رد المباحث والفروع الى مناسباتها
ومطائنها ، فمقد المضاربة يذكره الفقهاء في غير بحث الشركات ، وقد
ذكرته المجلة في الشركات ، لان المضاربة ليست سوى شركة عقد ،
رأس مالها من جانب ، والعمل من الجانب الآخر . كذلك قسمت المجلة
مسائل كتاب كتاب الى مواضع أساسية وفرعية ، كالتأريف ، والشروط ،
والاحكام الخ ... ففصلتها بفصول مضبوطة التمييز ، والحق كل مسألة
بموضوعها .

(ب) - اتساع دائرة التقنين وعوامله

٧٦ - في هذا العصر الأخير اتسع نطاق التقنين اتساعا لا حدود له ، فصدرت اقوانين في شتى المواضيع والنواحي في جميع البلاد الاسلامية . وكذا التقنين في الفروع الثلاثة (المدني والجنائي والاداري) يسير سيرا حثيثا .

وأهم نواحي التقنين المدني - الذي هو وحده ذو الصلة بهذا الحديث التاريخي عن الفقه - تتجلى في ثلاث :

• اقوانين التجارية

• والقوانين المقارية

• والقوانين الاصولية ، كقانون الاجراء ، وقانون المرافعات المدنية المسمى لدينا بقانون « أصول المحاكمات المحقوقة » .

وقد تفضل واشتبك التشريع القانوني بجسم الفقه في مملكة الدولة العثمانية ، وفي البلاد المنفصلة عنها كسورية وفلسطين والعراق الى درجة أنه قلما يوجد باب من أبواب الفقه لم يدخله التعديل أو النسخ ابقانوني في كثير أو قليل من أحكامه .

٧٧ - وقد كان من أهم اعمامل على اتساع حركة التقنين الامور التالية :

١ - تطور الملائق الاقتصادية داخليا وخارجيا ، وتولد أنسواع جديدة منها في هذه البلاد ، منها ما هو عرفي محلي ، ومنها المقتبس عن البلاد الافرنجية ، كأنواع الشركات القانونية ، والطرائق التجارية

كتجارة اتوصية (القوميسون) واثأمين (السوكرة) ، والنهديات
السخ ٠٠٠

٢ - الحاجة الى اعتبار انشروط العقدة التي يمنع أنواعا منها
الاجتهاد الحنفي الممول به وبعض الاجتهادات الشرعية الاخرى •

٣ - الانجاء الحكومي الى ربط التصرفات والعقود العقارية
بنظم شكلية تجعل تلك العقود تحت مراقبة الحكومة لاغراض مالية
وحقوقية وسياسية^(١) ، مما أنشء لاجله السجل العقاري وأنظمته
ومكتبه ، واعتبرت العقود التجارية التي تعقد خارجه غير متبعة
لآثارها •

٤ - الحاجة الى تنظيم المراسم الشكلية ، أي الطرائق والاصول
التي يجب اتباعها في المعاملات والمراجعات والدعاوى وفصل الخصومات
وتنفيذ الاحكام وتسجيل العقود الخ •• مما وضعت لاجله قوانين
المراسم ، كقانون أصول المحاكمات ، وقانون التنفيذ ، وقانون
كتاب العدل •

٥ - ما صاحب هذا التطور الاقتصادي المدني الكبير من جمود
الفقه على أيدي المتأخرين ، وشلل حركته التوليدية مما أوضحنه في بحث
الدور السابق ، فقد انقطعت فيه طبقات المجددين والمخرجين التي اتسع
الفقه وسما على أيديها في الماضي ، ثم آل أخيرا الى دراسة حفظية نظرية ،
لا انتاجية علاجية •

(١) **الفرض المالي** هنا هو فرض الضريبة على العقود العقارية
والفرض الحقوقي كمنع تلاعب مالك العقار بلن يبيع عقاره من عدة مشترين
على التعاقب ويقبض منهم اثمانا دون أن يدري كل منهم بشراء سابقه •
والفرض السياسي كتحديد ملكية الاجانب للمقارنات • فكل ذلك لا يتم
لولا النظم العقارية •

٦ - بناء مجلة الاحكام الشرعية من فقه المذهب الحنفي فقط ،
فان المذهب الواحد مهما اتسع لا يمكن أن يفي بجميع الحاجات الزمنية
والمصالح المتطورة التي قد يفقد علاجها التشريعي في ذلك المذهب ،
ويوجد في غيره من الاجتهادات الاخرى •

٧٨ - الرأي في ضرورة هذا التقنين وعدمها الى جانب الفقه :

هذا ، وان القوانين التي أوجدتها تلك العوامل والمقتضيات ، ككل
القوانين التي يمكن أن توجد لدينا أو لدى غيرنا ، هي نوعان :

الاول - قوانين الاحكام •

وهي التي توجب وتثبت لكل قول أو فعل موجه وحكمه •

والثاني - قوانين المراسم أو الاصول •

وهي التي ترسم وتبين الطرائق التي يجب سلوكها ، والاشكال
التي يجب أن يصدر العمل على وفقها ، وتسمى أيضا : « القوانين
الشكلية » •

فجواز بيع عقار الصغير أو عدم جوازه مثلا يدخل في قوانين
الاحكام •

أما لزوم اجراء عقده في المكتب العقاري وتسجيله في سجله فيدخل
في قوانين المراسم •

ومن هذا القيل أيضا قانون « اصول المعاملات » الذي يسمى
اليوم أيضا « قانون المرافعات » فان جميع أحكامه هي من الاحكام
الشكلية •

٧٩ - ونخلص من هذا الى رأي نراه ما بين الفقه الاسلامي
واقنيين ، فنقول :

ان قوانين المراسم ضرورة لا بد منها لانها لا تستند الى مبادئ
الحقوق وقواعد العدل النابتة ، وانما هي تتصل بسياسة التشريع
وتنظيم تطبيقه أكثر مما تتصل بتلك المبادئ والقواعد .

وهذا انتظام حق من حقوق أولياء الامور العامة ومن صلاحيتهم
الزمنية يحولون ويبدلون من مجاريه دائما على حسب ما يرون أنه
أصلح وأضبط . فقد يوجبون اليوم طريقة في توثيق العقود ، أو تقديم
الدعوى الى المحاكم ، أو تسجيل الاحكام ، أو تنفيذها ، ثم يرون غدا
ما هو أسهل وأحوط وأفضل ، فيبدلون اليه .

وقد يعينون للتقادم (مرور الزمن) مدة ، ثم يرون المصلحة في
زيادتها أو نقصها دون أن تبدل أو تتغير المبادئ والنظريات الحقوقية
التي تحكم في أصل الحق .

ولذلك لم يأت التشريع الاسلامي في أصله بشيء من أحكام المراسم
الا ما اعتبر فيه مصلحة ثابتة دائمة كلزوم الاشهاد في عقد النكاح ،
وطريقة التلاعن بين الزوجين عندما يتهم الرجل امرأته بالزنى ،
وكالارشاد العام الى توثيق العقود بالكتابة أو الشهادة أو الرهن ،
وكأصول القضاء الاساسية من استماع الدعوى ، وسؤال الخصم ، وتكلف
البينة أو اليمين .

٨٠ - أما قوانين الاحكام فقد اغنى التشريع الاسلامي عن
كل اقتباس اساسي فيها عن أمة أخرى وتشريع غريب بما في الفقه
الاسلامي الواسع الافق من القواعد العامة المتنوعة ، والاسس النابتة

التي رسخت فيها فكرة احقاق الحق ، وازهاق الباطل ، ودرء المفسد وجلب المصالح ، واحترام الارادات والعقود ، ومنع الاكراه واستقاط ما يترتب عليه ، وازالة الضرر ، واعتبار الضرورات ، ومسؤولية التسبب ، وتنوع وتوزيع الضمانات بعدل متوازن ، واعتبار العرف والعادات في العقود والاعمال والالتزامات ، الى غير ذلك من المبادئ الاساسية الكثيرة الغنية في التشريع الاسلامي وفقهه .

وقد كان هذا الفقه الاسلامي ميدانا لاجتهادات واسمة النطاق ضمن حدود الشريعة قد أشرنا اليها فيما سلف ، وهي لا تحصى عددا ولا تضيق آراؤها ونظرياتها الحية عن حاجة تشريعية أبدا ، كما سنرى قريبا .

واما ما يبعد حدوثه في التعامل مما لم يكن موجودا ، كشركات ضمان الاخطار المعروفة اليوم باسم عقد التأمين ، أو (السوكرة) ، وشركات المشاريع الاقتصادية العظمى ذات السهام المتداولة التي تسمى « الشركات المغفلة »^(١) ؛ الى غير ذلك من المعاملات والاوضاع الاقتصادية التي أوجدها تطور الزمن والعلائق الاجنبية ، فمن السهل جدا أن تخرج الاحكام اللازمة لها تخريجا ، وتولدا توليدا من أهميات الأصول والقواعد الفقهية بطريقة القياس ، أو الاستصلاح ، كما قام الفقهاء قديما بتخريج الاحكام وتوليدها لكثير من انواع التعامل التي جدد حدوثها في ازمانهم ، كبيع الوفاء ، والاستصناع ، والرهن

(١) يضم فسكون ، بصيغة اسم المفعول من « الاغفال » . سميت كذلك لانها يغفل فيها ، أي يهمل ، ذكر اسماء الشركاء ؛ وانما يذكر في عنوانها اسم المشروع الذي أسست لاجله كشركة البترول ، وشركة الغزل والنسيج ، وشركة التبريد ، وشركة الكهرباء الخ

المستعار^(١) وغيرها من أساليب التعامل الحادثة التي فيها مشابهة مركبة

(١) إليك شرح هذه العقود الثلاثة بإيجاز فيما يلي :

أ - **بيع الوفاء** : هو ان يبيع المحتاج الى النقد عقارا على انه متى
وفي الثمن استرد العقار .

ويفترق عن الرهن في غايته من حيث ان غاية الرهن توثيقه فقط ،
وغاية بيع الوفاء توثيق الدين وانتفاع المشتري الدائن بالعقار .
وقد حدث هذا البيع ببخارى أواخر القرن الخامس الهجري . واستقر
أخيرا رأي الفقهاء فيه على انه يشبه ثلاثة عقود : **البيع الصحيح** ، و**البيع**
الفاسد ، و**الرهن** . فاعطى من كل واحد من هذه العقود ما يناسب غايته
من الأحكام .

والدليل على هذا التاريخ الذي حددناه لحدوث بيع الوفاء ان الامام
نجم الدين أبا حفص عمر بن محمد النسفي قال عنه في فتاواه : « البيع
الذي تعارفه اهل زماننا احتيالا للربا ، وسموه « بيع الوفاء » ، هو في
الحقيقة رهن » الخ . . . (ر : آخر البيوع من كتاب « الدرر ») .

ونجم الدين النسفي ولادته سنة ٤٦١ / هـ ووفاته ٥٣٧ / هـ .
ب - **والاستصناع** : هو شراء ما سيصنع وفقا للطلب ، وهو معروف
قبل الاسلام . وقد اشتبه أمره أولا على الفقهاء : هل هو **بيع السلف**
(أي السلم) فتجب فيه شروط السلم أو هو بيع عادي ، أو وعد بالبيع ؟
ثم هل المبيع فيه العين التي ستصنع أو العمل ؟ الخ . . . وهل يجري
فيه خيار الرؤية بعد الصنع كما في البيع العادي أو لا يجري كي لا يتضرر
الصانع لانه صنعه خصيصا للمستصنع ؟ كل ذلك قد أقر فيه الفقهاء أحكاما
تناسب القواعد والحوادث .

ج - **والرهن المستعار** : هو ان يستعير الانسان شيئا من صديقه
لا ليستعمله ، بل ليرهنه ويستدين به .
ومن المقرر ان الاعارة عقد تبرع غير لازم فيفسخه الميعر متى شاء ،
والرهن لازم صيانة لحق الدائن المرتهن ، كما ان العارية امانة لا تضمن
بالهلاك ، والمرهون مضمون ، فلذلك كان في الرهن المستعار موجبات
متضادة .

ولكن فقهاء الحنفية خرجوا له احكاما من قولهم شتى ، فيها الدقة
والمصلحة وصيانة حقوق الاطراف الثلاثة فيه . (ر : ج ٣ ف ٦٥ /
والجدة ٣٧٢) .

تحتاج أحكامها الى تخريجات دقيقة على فواعد عديدة ؛ وكما عانجوا
 وخرجوا أحكاما وافية لحقوق القرار المنشأة على عسارات الاوصاف
 يعرف حادث ، كالحكر ، والجارين ، والمرصد ، والكذلك^(١) والخلو
 الخ ... مما هو معروف في محله من أحكام الاوقاف •

(ج) - الاتجاه العصري

٨١ - تبدو اليوم في مصر وسورية والعراق ، وفي بلاد اخرى من
 العالم العربي والاسلامي ، التفاتة نحو الفقه الاسلامي بأجمعه للاستفادة
 من مذهب •

والمفكرون الذين درسوا الحقوق الحديثة واطلعوا على القوانين
 الوضعية المحلية في هذه الاقطار العربية ، وعلى كثير من القوانين المدنية
 الاوربية ، عندما يلقون بأبصارهم الى أبعد من المذهب الحنفي أو
 الشافعي أو غيرهما ، ويقارنون تلك القوانين بما أوجدته مجموعة
 الاجتهادات الاسلامية من آراء ونظريات وفقه خصيب ، يجدون أن
 الضيق عن الحاجات التشريعية المصرية ليس هو في الفقه الاسلامي
 عامة ، وإنما هو في كل مذهب فردي على حدة •

وما يضيق عنه المذهب الواحد ونظرياته ففي مذهب آخر سعة
 منه وعلاج • ولم يوجد تشريع كثر فيه الاجتهادات واتسعت الآراء
 كالتشريع الاسلامي •

وهذه المذاهب - سواء منها الاربعة المدونة بكاملها التي أسلفت

(١) سيأتي شرح معاني هذه الحقوق المعينية المنشأة على الاوقاف
 في الجزء الثالث من هذه السلسلة في بحث انواع الحق العني ، فلتنظر
 هناك (ج ٢٣/٢٣) •

ذكرها ، وما كان منها لم يدون بكامله ، وانما نقلت آراء أصحابه في كتب الاختلاف الفقهي نقلا صحيحا - هذه المذاهب كلها نسبتها الى الشريعة الاسلامية متساوية • فأراء فقهاء الصحابة ومن بعدهم من التابعين وتابعيهم ، كابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، ومكحول ، والاوزاعي ، والحسن البصري ، وسعيد بن جبير ، وكثير غيرهم ، لها من القيمة والاعتبار ما لآراء أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، وابن حنبل •

وليس من المحتم أن يأخذ كل قطر مذهب أحد المجتهدين بكامله ، بل يمكن أن يؤخذ من قواعد كل مذهب وأحكامه ما يرى أنه الاصح بالمصالح الزمنية •

وقد ظهرت هذه الحاجة الى فقه المذاهب الاخرى لجمعية المجلة نفسها •

ويشعر بذلك ما جاء في تقرير لائحة الاسباب الموجبة التي صدرت بها المجلة ، من بحث الجمعية المذكور عن مذهب ابن شبرمة في اعتبار الشروط مطلقا في العقود ، ومن المناقشات التي جرت حول الاخذ بمذهبه ، ثم ترجيحها الاقتصار في ذلك على المذهب الحنفي لتوسطه ولعدم الحاجة (في نظرهم) الى الاخذ بمذهب ابن شبرمة ، لان الاجتهاد الحنفي يعتبر ويصحح كل شرط جرى عليه العرف •

٨٢ - بدء تنفيذ الفكرة في تقنين الاحوال الشخصية :

ثم بدء رسميا بتنفيذ هذه الفكرة ، فكرة الاستفادة من مختلف المذاهب الفقهية ، عن طريق التقنين في أحكام الاحوال الشخصية أواخر العهد العثماني ، اذ وضعت الحكومة العثمانية قانون حقوق العائلة في سنة ١٣٣٣/ رومية ، وأخذت فيه من المذهب المالكي حكم

التفريق الاجباري القضائي بين الزوجين عن طريق التحكيم المنصوص عليه في القرآن عند اختلافهما ، وتوسعت فيه . وبذلك مكنت المرأة أن تتخلص من زوج السوء بطلبها التفريق ، كما يتمكن الرجل أن يتخلص من امرأة السوء بالتطليق ، كما أخذت احكاما اصلاحية اخرى من مذاهب أخرى .

وقد أخذ القانون المذكور أيضا من مذهب مالك اطلاق حرية الزواج لزوجة المفقود بعد أربع سنين من فقدانه ، بينما يقضي المذهب الحنفي بانتظار وفاة جميع أقرانه في العمر ، فتبقى زوجة المفقود معلقة حتى شيخوختها .

٨٣ - ثم حذت الحكومة المصرية في قضية التفريق وزوجة المفقود هذا الحنفى في سنة ١٩٢٠م /

ثم في سنة ١٩٢٩م / خطت الحكومة المصرية خطوة واسعة في الاخذ من مختلف الاجتهادات وما وراء المذاهب الاربعة ، فأصدرت قانونا تحت رقم ٢٥ / الفت فيه تعليق الطلاق بالشرط في معظم حالاته ، كما اعتبرت تطليق الثلاث أو اثنتين بلفظ واحد طلقة واحدة عملا برأي ابن تيمية ومستنده الشرعي ، وذلك باقرار مشيخة الأزهر للتخلص من مآسي الطلاق المعلق وطلاق الثلاث ، مما يرتكبه جهال الرجال وحماقهم في ساعات النزاع أو الغضب ، فيخرجون عن حدود السنة والمقاصد الاساسية في الطلاق المشروع^(١) ، ثم يلتسون المخرج

(١) الطلاق قد شرع في الاسلام طريقا لانحلال الزوجة عند تعذر العشرة المصالحة بين الزوجين .

فاذا علق الزوج الطلاق ، بان قال مثلا : ان لم يفعل كذا ، وان لم يكن قد حصل الامر الفلاني فامرأته طالق ، يكون قد استعمل الطلاق لتقوية

منه يشتى الحيل والوسائل الدينية بعد الوقوع ، مما يعرفه أهل العلم •
٨٤ - ويرى بعض المفكرين من علماء العصر أن مجموعة المذاهب
الاجتهادية يجب أن تعتبر كمذهب واحد كبير في الشريعة ، وكل

عزيمته على فعل ، أو لتأكيد خبر ، مكان القسم بالله ، لان هذه التأكيدات
قد شرع لها القسم بالله لا الطلاق •
فيكون الرجل بذلك قد أساء باستعمال الطلاق في غير ما شرع له ،
وخرج به عن مقاصده الشرعية •

ومعظم مآسي الطلاق انما يقع فيها الناس بطريق تعليق الطلاق على
أفعالهم أو أفعال نسائهم أو غيرهن من أكل أو شرب أو ذهاب أو إياب أو
زيارة أو تكليم شخص أو ليس ثوب الخ ••• لاجل الحمل على الفعل أو
المنع عنه ، بحسب كون الشرط المعلق عليه من هذه الأفعال سلبية أو إيجابية
(نحو : ان فعلت كذا ، أو ان لم أفعل) • بل كثيرا ما يعلقون الطلاق على
أفعال بينهم وبين أصقائهم أو أعدائهم لا دخل لنسائهم فيها ، فيقع فعل
الشرط المعلق عليه ، وتفاجا المرأة بطلاق مشئت للأسرة لسم تكن جانية
سببه ولا علم لها به ، وقد يكون الطلاق المعلق ثلاثا لا بقاء بعده ولا لقاء •
وكل ذلك منشؤه انحراف الناس بالطلاق منذ القديم عن أسلوبه
وهدفه الشرعيين ، واستعمالهم اياه مطلقا لتقوية العزيمة على فعل أو على
ترك ، بدلا من القسم بالله ، وذلك في غير ما شرع الطلاق لاجله ، بل في
عكس غايته الشرعية التي تدل النصوص القرآنية على حدودها •

والعلماء عن ذلك غافلون ومستسلمون لهوج الناس وجهلهم في تغيير
الطريق المشروع في أخطر موضوع •
وقد تخلصت البلاد المصرية من هذه المآسي بمنع الطلاق المعلق والغائه
قضاء اذا كان لم يقصد بتعليقه سوى الحمل أو المنع (أي الحث على فعل
أو ترك) •

وهذا التدبير في مصر لو لم يكن له مستند من المذاهب الفقهية القديمة
التي نقلها ابن القيم في « إعلام الموقعين » عن كبار فقهاء الصحابة لوجب
على علماء الأمة اليوم أن يقرروه بطريق الاستحسان أو الاستصلاح ، رداً
للناس الى الجادة الشرعية في استعمال الطلاق ، وقضاء على مآسي
جهالتهم فيه •

مذهب فردي منها كالذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي وغيرها
يعتبر في هذه المذهب العام كالآراء والاقوال المختلفة في المذهب الفردي
الواحد ، فيرجع علماء الأمة ويختارون منها للتقنين في ميدان القضاء والتفتيا
ماهو أوفى بالحاجة الزمنية ومقتضيات المصلحة في كل عصر . وهذا
رأي سديد^(١) .

(١) وأخيراً صدر في سورية/١٩٥٣ م (بعد الطبعة الثالثة من هذا
المدخل الفقهي) قانون عام للأحوال الشخصية جامع لجميع أحكام الأسرة
في أبرابها الأربعة :

— **الزواج** ، وما يتفرع عنه من نفقة ونسب وحضانة وطلاق وتفریق
وعدة الخ ...

— **الأهلية** ، وما يتفرع عنها من نيابة شرعية عن القاصرين في شتى
صورها كالولاية ، والوصاية ، والقوامة الخ ...

— **الوصية** ، وما يتعلق بها من شرائط وأحكام .

— **الميراث** .

وقد كنت أحد أعضاء اللجنة الرسمية التي عهدت إليها الحكومة
السورية بوضعه فاستمددنا أحكامه من الفقه الاسلامي بجميع مذاهبه
وآرائه ، واقتبسنا جميع تلك الأحكام الاصلاحية التي أخذ بها قانون
حقوق العائلة العثماني من قبل ، والقوانين المصرية المتفرقة التي تناولت
قضايا مختلفة من أحكام الأحوال الشخصية أشرنا الى بعضها آنفاً كقضية
زوجة المفقود ، والطلاق المعلق ، وطلاق الثلاث ، ومدة الحمل ، وميراث
الاخوة مع الجد ، والمسألة المشتركة (ر : ف / ٢٢) ، وقاعدة ميراث ذوي
الارحام ، والقضية المعروفة بقضية « ابن المحروم » ، وغير ذلك فكان
قانوننا هذا أول قانون كامل من نوعه في العالم الاسلامي كله بشموله
تقنين جميع أحكام الأحوال الشخصية ، وبما تضمنه فيها من أحكام اصلاحية
وخطوات تقدمية نيرة ضمن جادة الشريعة وحدودها .

وقد جاء هذا القانون في موضوعه خير برهان عملي على ما في الفقه
الاسلامي بمعناه الواسع في مختلف مذاهبه وأصوله من كفاية وقابلية
للاستجابة الى شتى الحاجات التشريعية الزمنية .

وقد أسلفنا الإشارة في بحث الاستصلاح الى هذا القانون وإنه نسخ
قانون حقوق العائلة العثماني لدينا وحل محله (ر : ف / ٢٩ / ٣) .

الْبَيِّنَاتُ الْمُسْتَلْزِمَةُ

دفع توهم عن اختلاف الاجتهادات
وعن الصفة الدينية في الفقه الاسلامي

الفصل الأول

ضرورة اختلاف الاجتهادات ، وقيمته

٨٥ - بعض المتوهمين ممن لا علم عندهم ولا بصيرة لهم يظنون أن اختلاف الاجتهادات في الفقه الاسلامي نقیصة ، ويتمنون لو لم يكن الا مذهب واحد .

وقد يذهبون الى أبعد من هذا في أوهامهم فيرون أن اختلاف المذاهب قد يوهم تناقضا في المصدر الشرعي !

ودفعا لهذا الوهم الفاسد نقول : ان الاختلاف المذهبي الشائن المستكره الذي ليس له في الامة الا سيئات الآثار اما هو الاختلاف في العقائد .

أما الاختلاف الفقهي في الأحكام العملية المدنية فهو من المفاخر
والنخائر ، لانه ثروة تشريعية كلما اتسعت كانت أروع وأنفع وأثجع .

فان معنى هذا الاختلاف هو تمدد النظريات والمبادئ والطرائق
الحقوقية في استمداد الاحكام وتقريرها . وهذا يجعل الامة في غنى من
تشريعها لا يضيق بها عن حاجاتها . وشأنها في ذلك شأن من له في بيته
مقاعد من مختلف الاوضاع والارتفاع ، فاذا تب من قعوده على أحدها
استراح بالانتقال الى سواء . أو كمن في بلد صيدليات كثيرة متفاوتة ،
وكلها مستوفية للشروط ، فاذا لم يجد علاجه المطلوب في احداها وجده
في أخرى .

فكذلك حال المذاهب الفقهية في التشريع الاسلامي .

يقول الامام أبو اسحق الشاطبي في كتابه « الاعتصام » (١١/٣)
ما نصه :

(روى ابن وهب عن القاسم بن محمد أيضا ، قال :

اعجبني قول عمر بن عبد العزيز :

« ما أحب ان اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم
لا يختلفون ، لانه لو كان قولا واحداً لكان الناس في ضيق ،
وانهم ائمة يقتلن بهم ، فلو اخذ رجل بقول أحدهم لكان
سنة » .

ومنى هذا أنهم فتحوا للناس باب الاجتهاد وجواز
الاختلاف فيه ، لانهم لو لم يفتحوه لكان المجتهدون في
ضيق فوسع الله على الامة بوجود الخلاف الفروعى فيهم ،
فكان فتح باب للدخول في هذه الرحمة (انتهى كلام
الشاطبي .

ويقول الأستاذ محمد أبو زهرة تعليقاً على ذلك :

« ولقد كان اختلاف الصحابة في الفروع رائدة الاختلاف .
ولسنا لم يكن بينهم تنازع في الفقه ولا تعصب ، بل طلب
للحقيقة وبحث عن الصواب من أي ناحية اخذ ، ومن أي
جهة استبان . »

وان ذلك الاختلاف كان فيه شجذ للاذهان ، واستخراج
للأحكام من القرآن ؛ واستنباط لقانون شرعي عام ، وان لم
يكن مسطوراً ونحن لا نرى الخلاف في الفروع الا لمرات
ناضجة لما بثه القرآن الكريم والسنة النبوية في نفوس الناس
من البحث بمقوله وتدير شؤونهم بالشورى ومبادلة الرأي ،
مستفيضين بسنة النبي صلى الله عليه وسلم ، ومستظلين
بأحكام القرآن » ١ هـ .

(ر : مقدمة كتاب « الملكية ونظرية العقد » للاستاذ ابي زهرة ؛
ف / ١٣ / ص / ١٩ - ٢٠) .

هذا ، واننا نرى اليوم علماء الحقوق من الأفرنج يتباهون بما انحدر
اليهم في تراثهم التشريعي عن الرومانيين من آراء ونظريات مختلفة مأتورة
عن فقهاء الشرع الروماني وشراحه ، ولا يعدون تلك الآراء المختلفة من
التناقض أو التفاضل التي يتصور أن لا تكون في ميراثهم القانوني ، بينما
لا يعد الفقه الروماني على سعة الاشياء سيرا ، وغيباً من فيض بالنسبة
الى ما أورتناه الاجتهادات من فقه الشريعة الاسلامية .

٨٦ - وهذا الاختلاف الفقهي نتيجة ضرورية لا يمكن أن لا تكون
ما دام للعلماء نظرات لا تتحد ، وأفهام لا تتفق .

وهو لا يدل على تناقض في المصدر التشريعي المستنبط منه ، كما لا تدل اختلافات آراء المحاكم في معنى مادة قانونية على تناقض فيها ؛ وإنما يدل على مرونة النص ، وسعة قابليته التطبيقية •

على أنه إذا كان الوضوح انصریح في المادة القانونية الفرعية أحسن وأصوب ، فلا شك أن المرونة في المصادر الأساسية الدستورية التي تستند إليها المواد القانونية الفرعية هو الأفضل ، ليمكن أن تصاغ على أساسها القوانين والاحكام بحسب الحاجة •

وأن تعدد الاحتمالات في معاني النصوص الأساسية في الشريعة مع تشعب وجوه القياس يجعلان اختلاف الاجتهادات أمراً حتماً مبرماً مع كونه ثروة قيمة^(١) •

وأيضاً لضرورة هذا الاختلاف الفقهي وقيمه تضرب المثلين التاليين ، أحدهما لتمدد وجوه فهم النص ، والآخر لتمدد وجوه القياس في حكم القضية الواحدة :

٨٧ - ١ - مثال نصي :

جاء في آية المداينة من القرآن ، بعد الارشاد الى توثيق الديون والعقود بالكتابة والشهود ، قوله تعالى :

« وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فوهان مقبوضة »

(١) في مقدمة كتاب « بداية المجتهد » من المؤلفات القديمة للقاضي ابن رشد الحفيد بحث مختصر عن اختلاف الاجتهادات وأسبابه وضرورته ، وفي كتاب « فقه القرآن والسنة في القصص » من المؤلفات العصرية نلأستاذ المرحوم الشيخ محمود شلتوت عضو جماعة كبار العلماء بمصر وشيخ الازهر السابق بيان قيم مشبع عن ذلك ، فليرجع اليهما من يحب التوسع •

— فكلمة « مقبوضة » يحتمل أن تكون وصفا يفيد معنى الشرطية ،
فيدل على أن قبض المرهون شريطة شرعية لتمام عقد الرهن ، فلا يتم
الرهن بدونه نظرا لغايته التوثيقية ، لأن الرهن غير المقبوض لا يوثق
تحصيل الدين . وبذلك يفترق الرهن عن نحو البيع الذي يتم بمجرد
العقد بلا حاجة الى قبض المبيع في مجلس العقد . (وإلى هذا المعنى ذهب
الاجتهادان الحنفي والشافعي) •

ويحتمل أن تكون كلمة « مقبوضة » وصفا يدل على استحقاق قبض
المرهون لا على شرطية في العقد ؛ فينقد الرهن بدون قبض ، ويجبر
الراهن قضاء على تسليم المرهون الى المرتهن اذا امتنع (وهذا ما عليه الاجتهاد
المالكي) •

— ثم من جهة أخرى : هل الغاية من قبض المرهون في نظر الشرع
استيثاق محضة ، ككتابة صك الدين ، لانه جعل في الآية تدبيرا احتياطيا
لتوثيق الدين عوضا عن كتابة الصك عند فقدان الكاتب ، فيأخذ حكم
الصك ، ويكون المرهون في يد الدائن المرتهن أمانة غير مضمونة ، فاذا
تلف في يده لا يسقط شيء من الدين كما لا يسقط شيء منه بتلف
الصك ؟ (وهذا ما عليه الاجتهاد الشافعي) •

— أو هل يعتبر في قبض المرهون معنى الاستيفاء الى جانب الاستيثاق
بسبب وضع الدائن المرتهن يده على مال المدين وامتنازه بتقديمه على سائر
الغرماء الآخرين في استيفاء دينه منه ، فلا يكون مجرد أمانة بيده ، بل
هو أمانة من وجه ومضمون من وجه • (وهذا ما عليه الاجتهاد الحنفي) •
فاذا تلف المرهون في يد الدائن المرتهن وكانت قيمته أكثر من الدين

يسقط الدين ، وما زاد من قيمة المزهون يكون أمانة غير مضمونة (١) .
فانظر في كلمة « مقبوضة » وفي سياق الآية ماذا ينشأ عنها من
النظريات الفقهية والاحكام الفرعية المختلفة ، واعتبر مثل ذلك في
كثير من نصوص الكتاب والسنة التي يطول بنا ايرادها ازاء الافهام الاجتهادية
التي خلفت لنا في الفقه الاسلامي أعظم ثروة تشريعية عرفت في التاريخ عن
أمة من الأمم .

٨٨ - ب - مثال قياسي :

ومن الامثلة القياسية التي اختلف النظر في وجه قياسها بين أئمة
الاجتهاد الاولين تعدد وجوه القياس فيها مسألة طريفة ، وهي مالو تشارك
شخصان ورأس مالهما ثلاثة دنانير ، من أحدهما ديناران ومن الآخر
واحد ، فاختلعت الدنانير الثلاثة فأصبحت لا يمكن التمييز بينهما ، ثم صاع
منها ديناران فما حصة كل من الشخصين في الدينار الباقي ؟

- سئل أبو حنيفة عنها فأجاب أن الباقي يكون بينهما أثلاثا ، فنلناه
لصاحب الدينارين وثلثه لصاحب الدينار ، جريا مسح القياس الظاهر .
فإن الدنانير لما اختلعت بصورة لا تقبل التمييز أصبحت كلها مشتركة بين
الشخصين بنسبة ما لكل منهما . فيكون كل دينار مشتركا أثلاثا بينهما ،
لأحدهما ثلثاه وللآخر ثلثه .

فما يهلك بعد ذلك من المال يهلك على الشركاء بنسبة حصصهم في
المجموع ، ويبقى الباقي مشتركا بنسبة حصصهم أيضا . وهذا هو قياس
الحكم بالسلم به في الشركة .

(١) انظر في هذه الاجتهادات « بداية المجتهد » لابن رشد ، كتاب
الزهن .

- وسئل عنها ابن شبرمة فأجاب بأن الدينار الباقي يكون مشركاً
أنصافاً بين الشخصين ، لكل منهما نصفه • لأن أحد الدينارين الضامنين
هو من مال صاحب الدينارين يقيّن فيهلك من حسابه فقط ، ويبقى له
دينار واحد كما لرفيقه • فالدينار الآخر الضامع هو المشكوك فيه أنه
من مال هذا أو ذاك ، فيهلك عليهما مناصفة ؛ فيبقى الباقي بينهما
نصفين •

(ر : ضحى الاسلام للاستاذ أحمد أمين ج ٢ ص ٨٨ الطبعة
الثانية) •

وهذا بخلاف ما لو ضاع دينار واحد فقط ، فإن الباقي يكون بينهما
أثلاثاً بالاتفاق ، لاحتمال أن يكون الضامع كله عائداً لكل منهما •

فأبو حنيفة اعتبر الاختلاط سبباً للشركة في الملك قياساً على سائر
أسبابها ، ثم لم يجعل الهلاك معدلاً للحصص ، لأنه وقع بعد ثبوت الشركة ،
فأجرى فيه أيضاً قياس هلاك بعض المال المشترك •

وابن شبرمة نظر الى أن هلاك دينار واحد يختلف عن هلاك الاثنين ،
لأن هلاك الاثنين من علم يقيني بنصيب أحد الشخصين في بعض الهالك ،
وأنشك في البعض الآخر ، فيعطي اليقين حكمه في بعض الهالك وتعديل
الحصص أولاً ، ثم يجري في البعض الآخر المشكوك على قياس هلاك
المال المشترك •

هذان مثلاً ، أحدهما نصي والآخر قياسي يعطيان فكرة واضحة
عن اختلاف الاجتهادات في فروع الاحكام ، ويشين منهما أن هذا الاختلاف
واقع محتم لا مناص منه وهو في الحقيقة ثروة ثمينة قيمة ، ولا سيما اذا
أضفنا الى ذلك ما ينشأ من اختلاف الانظار الاجتهادية في ميدان الاستحسان
والمصالح المرسله •

٩٨ - هذا وإن تلك الاجتهادات الفقهية ، على اختلافها الكثير ، نسبتها جميعا الى الشريعة الاسلامية نسبة صحيحة معتبرة ، وإن كانت تلك الاجتهادات في كثير من تفاريع الاحكام الفقهية متفاوتة في درجة قربها من الصواب ومسايرتها لحكمة التشريع .

واذا كان كثير من تفاريع الاحكام الفقهية في المذاهب انما هو من عمل الفقهاء أنفسهم - كما يقول الأستاذ علي حسن عبد القادر في كتابه « نظرة عامة في تاريخ الفقه » ص ٣ - فذلك لا ينافي صحة نسبته ، على اختلافاته ، الى مبادئ الشريعة ، واشتقاقه منها ؛ فإن عمل فقهاء الاسلام في ايجاد تلك الاحكام التفصيلية التي لا حد لسمتها في مختلف المذاهب انما هو اجتهاد أو تخريج على أصول الشريعة الاسلامية ودلائل نصوصها الاساسية كما رأينا من المثاليين المتقدمين .

الفصل الثاني

مزية الصفة الدينية في الفقه الاسلامي

٩٠ - قدما أول هذا الكتاب أن الفقه الاسلامي هو نظام روحي ومدني معاً ، لأن الشرع الاسلامي جاء ناظماً لامور الدين والدنيا .
وبينا أن من نتيجة ذلك أن يفتراق الفقه الاسلامي ، حتى في القسم المدني منه وهو المعاملات ، عن القوانين الوضعية بوجود فكرة الحلال والحرام فيه ، وإن القضاء لأحد يطلب عندما يثبت مطلوبة بالمتبئات الظاهرة وتوافر أسباب القضاء به لا يجرى الباطل حقاً والحق باطلاً في الواقع ، ولا يبيع للانسان ديانة أن يتناول ما قضى له اذا كان في الواقع مبطلاً أو مزوراً ، وإن كان تنفيذ القضاء واحترامه لازمين لا تقتضيه سياسة التشريع من وجوب بناء القضاء المدني على الظواهر وترك البواطن الى الدين . ومن ثم كانت أحكام المعاملات في الفقه الاسلامي ذات اعتبارين : اعتبار قضائي واعتبار ديانتي (ر : ف/٢-٤) .

فهذه الصفة الدينية في الفقه الاسلامي من حيث استمداده ومصادره الاساسية ، ومن حيث فكرة الحلال والحرام فيه ، لم تكن لتنبه عن أن يبني أحكامه المدنية على رعاية المصالح الدنيوية والاعراف السليمة . وأن يؤسس وضماً قضائياً مدنياً يبني أحكامه على الظاهر المحض كما تبني سائر القوانين الوضعية . ولكن تلك الصفة الدينية فيه أفاضت على أوضاعه المدنية هبة واحتراماً ، وأورثتها سلطاناً على النفوس كان به الفقه

الاسلامي شريعة مدنية وواظبا أخلاقيا في وقت معا ، لما فيه من فدية
المصدر القرآني الأمر ، ومن الزاجر الديني الباطن الى جانب القضاء
الظاهر . فلا يحتاج الانسان الى قوة مصلحة عليه دائما لتلزمه الخضوع
لايحابه ، ولا يجبد في الافلات من سلطان حكمه غنية ان استطاع الافلات ،
سواء أكان عظيما أو صعلوكا ضعيفا^(١)

(١) لهذه الصفة الدينية في احكام الفقه الاسلامي كثيرا ما كان الخلفاء
في التاريخ الاسلامي يدعون الى مجلس القضاء الشرعي للمحاكمة في دعوى
لاحد الناس عليهم ، فيحضرون كرامة الناس تاركين ابهة السلطنة على
دست الحكم ، ويدخلون مجلس القضاء بكل توقير له ، وقد يحكم عليهم
فيخضعون لحكم الشرع متباهين بهذا الخضوع ؛ كما حكم محمد بن عمر
الطلحي على الخليفة المنصور العباسي للحمالين والمكائين ، وكما حكم أبو
يوسف صاحب أبي حنيفة على الخليفة هرون الرشيد .

وقضية المنصور تلك قد رواها اربلي في كتابه « خلاصة الذهب
المسبوك المختصر من سير الملوك » فقال :

« قال نعيم المديني : قدم علينا المنصور المدينة ومحمد بن عمر بن
الطلحي في قضائه ، وأنا كاتبه ، فاستمدى الحمالون - أي ادعوا لدى
القاضي - على أمير المؤمنين في شيء ذكروه .

قال فامر نعيم المديني ان اكتب الى أمير المؤمنين كتابا بالحضور معهم
وانصافهم . فقلت : تعطيني من هذا فإنه يعرف خطي !! فقال : اكتب ،
فكتبت . ثم ختمه ، فقال : لا يعطني به أحد والله غيوك !

فمضيت به الى الربيع ، وجعلت أعتذر اليه ، فقال : لا تفعل . فدخل
عليه بالكتاب ثم خرج الربيع فقال للناس ، وقد حضر وجوه أهل المدينة
والاشراف وغيرهم : ان أمير المؤمنين يقرأ عليكم السلام ويقول لكم اني دعيت
الى مجلس الحكم ، فلا أعلم احدا قام الي اذا خرجت أو بداني بالسلام
الا فتكت به .

ثم خرج ، والمسيب بين يديه ، والربيع ، وأنا خلله ، في ازار ورداء .

٩١ - فمن قصر النظر ما يتوهمه بعضهم من أن تلك الصفة الدينية في الفقه الاسلامي تقضي عليه بالجمود وعدم القابلية لأن يتسع لحاجات الأزمان اتساع التشريع الوضعي الذي يمكن أن يتكيف بحسب الحاجة •

فقد رأينا أن الفقه الاسلامي قد أقام للاستحسان والمصالح العامة والاعراف اعتباراً لا يقف في مجاراة الحاجات الزمنية ضد جد سوى حد المصالح العامة نفسها والحرمان الأساسية التي جاءت الشريعة لأصلاح البشرية برعايتها ، صيانة للنفس والعقول والأموال والأعراض في الحاضر والمستقبل •

يقول الأستاذ الجليل محمد أبو زهرة :

فسلم على الناس ، فما قام أحد اليه • ثم مضى حتى بدأ بالتقبر فسلم على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم التفت الى الربيع فقال : ويعك يا ربيع أخشى أن رأني محمد بن عمر بن الطلحي أن يدخل قلبه هيبة فيتحول من مجلسه ، فو الله لئن فعل لا يولى لي على ولاية أبداً !!

قال : فلما رآه - أي القاضي - ، وكان متكئاً ، أطلق رداه على عاتقه ثم احتبى ودعا الخصوم والحمائين ودعا أمير المؤمنين ، ثم ادعوا وحكم عليه لهم •

فلما دخل - أي المنصور - الدار قال للربيع : اذهب ، فاذا قام وخرج من عنده الخصوم فادجه • فقال : يا أمير المؤمنين ، ما دعا بك حتى فرغ من أمور الناس جميعاً •

فلما دخل عليه ، قال المنصور : جزاك الله عن دينك ونبيك ، وعن حسبك ، وعن خليفتك أحسن الجزاء •

(ر : خلاصة الذهب المسبوك المختصر من سير الملوك ، لعبد الرحمن سنبلط الاربلي ، في بحث خلافة المنصور العباسي / ٦٢ - ٦٣) •

« ومن يحاول أن يفهم الشريعة الإسلامية على أنها قوانين مجردة ومعالجات لإصلاح طوائف من المجتمع وتنظيم معاملاتهم من غير أن يربطها بالإسلام فلن يفهمها على وجهها الصحيح ، لأن الفهم المستقيم ما قام على رد الفروع إلى أصولها والنتائج إلى مقدماتها ، والاحكام إلى غاياتها والآراء إلى مقاصد خائليها »

وإن من يحاول هذه المحاولة كمن يتصور أن ثمرها يكون من غير شجر ، أو أن غصوناً تقوم على غير جلوع .

وليس في كون الفقه الإسلامي مستمداً بتأنيده من الدين وقائماً على أساسه غش من قيمته ، ونقص من قدر المستنبطين له الفرعين للفروعه ، لأن أولئك الرعيل الأول من المسلمين رأوا بشاقب نظرهم وقويم ادراكهم أن قوانين استمدت من الدين وبطلها بطله تكون أمس بالوجدان ، وأمكن في الضمير ، وأقر في النفس ، يطيعها الناس لا بعصا السلطان ولا بظهر الحكام ، بل بصوت من القلب ، ورجة من الدين ، ورغبة في النعيم المقيم . فتكون الطاعة إرغافاً بالاحسان وإيقاظاً للمشاعر ، وتنمية لنوازع الخير ، وتطهيراً للنفس من نوازع الشر . ولا تكون الطاعة ضرباً من شروب المسكنة والخنوع المطلق من غير أن يمس الوجدان بما في القانون من داعيات الخير وعرامى الإصلاح ، إذ ينفذ على أنه إرادة الحاكم ورغبة السلطان وهما وجبا الطاعة من غير أي نظر وراء ذلك .

وإن جعل القوانين مستمدة من الدين من شأنه أن يقلل الفرار من أحكامها . لأن الناس يستشعرون الخشية من الله إذ يحاولون الفرار ، ويحبسون من داخل نفوسهم مراقبة الله إذا ضعفت مراقبة الإنسان .

وإن دبط القانون الإسلامي بالدين جصله مرتبطاً بكل الارتباط بقانون الأخلاق ، وبما تطابقت الجماعات الإنسانية قاطبة على انهضائل ؛ فلا تنأى فروع هذا القانون ولا قواعد

عن الأخلاق الكريمة • فكانت الشريعة الإسلامية بحق هي
أول قانون تلقي فيه الشريعة بالأخلاق ، ويكونان صنوين
متعدين متلايين • ومن قبلها كان ذلك حلماً للفلاسفة والمصلحين
يعلمون به ، فإن حاولوا تطبيقه أيقظتهم الحقيقة وأبأسهم
الواقع المستقر •

وإن استمداد الفقه الإسلامي ينابعه من الدين جملة شاملا
في سلطانه للراعي والرعية ؛ وجعل القانون مسيطراً على الحاكم
والمحكوم • فكان من حق الناس أن يقولوا للحكام : أنتم
مقيدون بالحكام الشريعة ، وأنتم مسؤولون عن تنفيذها ، وذلك
في أزمان كانت سلطة الحكام مطلقة بلا قيد يقيدها ، ولا نظام
يقبضها ، فكانت الشريعة بارتباطها بالدين قيوداً للحكام
وتهديداً للمحكوم » •

(مقدمة كتاب « الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية »
للاستاذ المشار إليه ص/ ١ - ٢) •

الْبَنَاءُ الْمَدْنِيّ

قانوننا المدني المنتظر^(١)

وفضل بنائه من الفقه الاسلامي

المتسع لحاجات التشريع القويم

٩٢ - نحن اليوم بحاجة الى تجديد في بناء مجلة الاحكام المدنية الشرعية تصاغ به من الفقه الاسلامي بمعناه الواسع ، أي من مجموع اجتهاداته ، لا من الاجتهاد الحنفي فقط .

وبذلك يمكن أن نحصل على قانون مدني اسلامي يفوق أحسن

(١) بينا في مقدمة / الطبعة الثالثة / أنه في خلال تلك الطبعة في فترة الانقلاب العسكري الاول في سورية سنة/١٩٤٩ م قد اخذت حكومة الانقلاب قانوناً مدنياً اجنبي الاصول والمصادر هو القانون المدني المصري الجديد ، فقطعت بذلك صلتنا بالفقه الاسلامي الذي هو أعظم تراث محفوظ عربي الاصول !! .

وكان ذلك على أيدي اناس تعملونوا مسح حكومة ذلك الانقلاب من الشعوبيين أعداء العروبة والاسلام .

وهذا الباب مكتوب في عهد المجلة قبل القانون المدني السوري المشار اليه ، فلا زلنا ننتظر قانوننا حديثاً مستمداً من الفقه الاسلامي على نحو ما بينا في هذا الباب .

القوانين المدنية المعروفة الى اليوم ، لما في تلك الاجتهادات المختلفة من مبادئ ومبادئ وأحكام تسع لجميع الحاجات التشريعية الواقعة والمتوقعة ، وان مصادرها قريبة النسب منا وسهلة التناول علينا .

وفي هذا الوقت الذي تتوجه فيه نية أولي الامر في سورية الى وضع قانون مدني جديد يحل محل المجلة ، اذا استمد هذا القانون من التشريع الاسلامي مع اضافة الاوضاع الحقوقية الزمنية الجديدة وتخريجها على أسسه ومبادئه ، فان هذا الاستمداد - علاوة على ما فيه من احياء تراث لنا جليل - يحول دون تخبط في مشكلات لا حدود لها من اضطراب التطبيق فيما اذا استمد القانون من تشريع أجنبي . فالحوادث التي لا تتناولها صراحة النصوص ، وهي كثيرة الوقوع يرجع عندئذ في تخريج أحكامها الى مصادر اسلامية معروفة في المذاهب الاجتهادية المستمد منها ، عوضا عن الرجوع الى مصادر أجنبية مجهولة في محيطنا ونائية عن فهم قضائنا والاساليب التي اقوها .

وهذه مصر التي استمدت فيما مضى ، لأسباب سياسية ، قانونها المدني من التشريع الفرنسي تقوم فيها اليوم - اذ نهبها الرشد العلمي - صرخة من رجال القانون أنفسهم تدعو الى وضع قانون مدني جديد مستمد من الفقه الاسلامي .

٩٣ - ولكي يتجلى لنا مدى قابلية الاجتهادات الاسلامية لوفاء الحاجات التشريعية الحديثة تأتي بأمثلة من أهم ما جاءتنا به القوانين في بلادنا السورية ، ونرى ما يوافقها مما سبقت اليه الاجتهادات الاسلامية :

١ - جاءت المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية

العثماني بقاعدة عدما واضعو هذا القانون فتحاً جديداً^(١) تقرّبوا به من التشريع الأوروبي الحديث ، وهي قاعدة اعتبار الشروط العقدية في المتاولات والعقود ، وإلغاء الفساد بالشروط التي كانت تعتبر مفسدة للعقد بالنظر الفقهى الذي أقرته المجلة .

وان ما جاءت به المادة /٦٤/ المذكورة من هذه الناحية هو موافق لمذهب ابن شبرمة الذي أشارت إليه لجنة المجلة نفسها في مذكرتها الإيضاحية كما تقدم هو لمذاهب أخرى ترى احترام الشروط التعاقدية وصحة العقود معها ، وترعى في هذا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » .

وهو الموافق للعرف العربي القديم قبل الإسلام ، وعليه المثل المأثور:
« الشرط أم لك »^(٢) .

(١) نلفت النظر الى أن المادة /٦٤/ المذكورة قد ألغيت لدينا بإلغاء قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثمانية وحلول قانون جديد محله سنة ١٩٥٣ .

أما المبادئ القانونية التي تضمنتها المادة /٦٤/ المذكورة فقد استعاض عنها بأحكام مماثلة في القانون المدني السوري الجديد الذي أشرنا إليه في الحاشية السابقة .

(٢) يظن بعضهم أن هذه الجملة المأثورة هي من كلام ابن شبرمة في تعبيره عن مذهبه ، وبعضهم يظنها من كلام ابن أبي ليلى ، وليس كذلك ، بل هي مثل عربي أول من قاله الأئمة الجرحمي في قضية احتكم إليه فيها ، وكان من حكماء العرب ، كما في مجمع الأمثال للميداني . ولعل ابن شبرمة تمثل به .

أما ابن ليلى فمذهبه في اعتبار الشروط هو عكس ذلك ، كما في المذكرة الإيضاحية المثبتة في صدر المجلة ، وفي « فتح القدير » للكمال ابن الهمام (ج ٦ / ص ٧٦) .

وهذا عين النظرية الحقوقية الحديثة القسائلة « ان عقد الانسان
قانون له » •

وقدرتها المادة /١٤٨/ من قانوننا المدني الجديد اذ قالت :
« العقد شريعة المتعاقدين » •

وسنرى تفصيل ذلك في موطنه من بحث فساد العقود (ف/٣٨٨
و ٣٩٢) •

٢ - ان المجلة لا توجب على الفاعب ضمان منافع المنصوب التي
استوفلها أو عطلها على المالك مدة النصب وفقا للاجتهاد الحنفي بحجة أن
الفاصب خاضع لضمان قيمة العين المنصوبة اذا هلكت •

وقد عدلت القوانين لدينا هذا الحكم ، فأوجبت ضمان أجر مثل
المنصوب على من ينصبه فيعطله أو يستوفي منه منفعة بلا عقد ، وفي هذا
المصلحة والصواب كما سنوضحه في الجزء الثاني من هذا الكتاب •

وهذا موافق للاجتهادين الشافعي والحنبلي •

٣ - الاجتهاد الحنفي أوجب انفساخ الاجارة ، بموت أحد المتعاقدين
والمجلة في هذا ساكنة • وقوانين الاجارات قضت بعدم الانفساخ
بالموت •

وهذا موافق للاجتهاد الشافعي •

٤ - القوانين العقارية استغنت عن ايجاب القبض في العقار
المرهون ، اكتفاء بوضع اشارة الرهن عليه في صحيفته من السجل
العقاري •

وهذا موافق للاجتهاد المالكي في عدم اشتراط القبض لصحة عقد
الرهن لا للزومه • كما تقدم (ف/٧٩) •

ثم في نتيجة ذلك أصبح القمار المرهون بلا قبض غير مضمون على المرتين في حالة التلف يحكم القانون ، وهذا أيضا موافق للاجتهاد الشافعي في عدم ضمان المرهون .

٥ - قانون الملكية العقارية لدينا ذو الرقم /٣٣٣٩/ ^(١) التي شغمة الجوار التي أقرتها المجلة ، وهذا الاتفاق موافق للاجتهاد الشافعي الذي لا يرى للعجار شغمة ، بل يقصرها على الشريك .

كما أن قانون الملكية العقارية المذكور قد عدل أيضا في المدد التي حددتها المجلة لطلب الأخذ بالشغمة ، فن أحمل الشفع الطلب فيها سقطت شغمة .

وتلك المدد الجديدة موافقة لأراء منقولة في المذهب المالكي .

٦ - قانون الجزاء في معظم أحكامه موافق للمبدأ الفقهي في تفويض عقوبة ما سوى الحدود الى رأي الحاكم ، وهي المسماة بعقوبة « التعزير » فالتقانون قد حدد لكل جريمة عقوبتها سلفا ، وهذا التحديد من صلاحية ولاية الامر شرعا .

هذه أمثلة قليلة من كثير ؛ والتبع في هذا الموضوع لا ينتهي ؛ وهي تنبئ بأمر الواقع الذي نريد أن يعلم ، وهو :

ان الاجتهادات الاسلامية لا يشد عن مجموعها مبدأ حقوقى، حكيم ، او نظرية مقبولة .

(١) ملاحظة : هذا القانون ادمجت موادها أخيرا في القانون المدني الجديد واصبحت جزءا منه وقد ألغى القانون المدني المذكور حق الشفعة بشاناً في سورية !! بينما أصله وهو القانون المصري ظل محتفظا بها لمنفعتهما .

٩٤ - على أن الراسخين اليوم في علم الحقوق من رجالات أوروبا أصبحوا يشترطون بأن التشريع الاسلامي يمد في طلبه المصادر الصالحة لسد حاجات التشريع الحديث •

وينطبق بذلك قرار مؤتمر القانون المقارن المنعقد بمدينة لاهاي في جمادى الآخرة سنة /١٣٥٦/ هـ - آب سنة /١٩٣٨/ م ، اذ دعي اليه الازهر فمثله فيه مندوبان من كبار العلماء حاضرا فيه (عن المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية في الاسلام ، وعن نفي كل علاقة مزعومة بين القانون الروماني والشرعية الاسلامية) •

فقد سجل هذا المؤتمر على اثر ذلك قراره التاريخي الهام بالنسبة الى رجال التشريع الاوروبي • وقد جاء فيه :

- ١ - اعتبار الشريعة الاسلامية مصدرا من مصادر التشريع العام •
- ٢ - وانها حية قابلة للتطور •
- ٣ - وانها شرع قائم بذاته ليس مأخوذا من غيره (١) •

٩٥ - وحين طبع هذا الكتاب الطبعة الثالثة طلعت علينا أنباء قرار مؤتمر المحامين الدولي الذي انعقد في مدينة « لاهاي » بأوروبا ما بين /١٥ - ٢٢/ من شهر آب عام /١٩٤٨/ م وقد اشتركت فيه ثلاث وخمسون دولة من مختلف الامم والاقطار ، وأرسلت كل دولة من الاساتذة والمحامين لديها من يمثلها فيه وقد كان ممثل سورية فيه زميلنا الاستاذ في كلية الحقوق السورية الدكتور مأمون الكزبري الذي حضر في هذا المؤتمر عن « الملكية العقارية في الشرع الاسلامي »

(١) تاريخ التشريع الاسلامي للاساتذة السائيس والسبكي والبربري، ص (٣٥٣ - ٣٥٤) •

فأثبت في محاضراته أن النظرية الإسلامية في الملكية هي أعدل النظريات القديمة والحديثة ، إذا اعتبرت الملكية حقاً نسبياً ليس ذا سلطان مطلق مثلما عليه بعض التشريعات الوضعية القانونية ، كالتشريع الروماني القديم والانكليزي الحالي ، وليس مفلولاً كما تريده بعض التشريعات الاجتماعية الحديثة اليوم .

وإن هذا المؤتمر الأخير ، بناء على اقتراح من لجنة التشريع المقارن فيه ، وعطفاً على ما كان قرره مؤتمر القانون المقارن السابق سنة ١٩٣٧/م في مدينة لاهاي نفسها بشأن التشريع الإسلامي - مما ذكرناه آنفاً - قد اتخذ القرار التالي الذي ترجمته :

نظراً لما في التشريع الإسلامي من مرونة وما له من شأن هام ، يجب على جمعية المحامين الدولية أن تتبنى اللواسة المقارنة لهذا التشريع ، وتشجع عليها (١) .

٩٦ - وهنا يحسن أن نشيد بالكلمة المأثورة عن الاستاذ العلامة الحقوقي الكبير عبد الرزاق السنهوري من مقال منشور في مجلة القضاء المراقبة (في العدد الاول من السنة الثانية مايس/١٩٣٦) ومنقول في العدد ٦ - ٧ / للسنة الاولى من مجلة نقابة المحامين بدمشق ، اذ قال في صدر بحثه عن صلاح الشريعة الإسلامية للخلود في ميدان التطبيق المدني :

(١) ان نص اقتراح لجنة تشريع المقارن في هذا المؤتمر باللغة الانكليزية التي صيغ بها ، كما وافقنا به زميلنا الدكتور مأمون الكزبري عضو المؤتمر المذكور وأقرته جميعته العامة هو كما يلي :

Because of the recognized flexibility and importance of muslim law the comparative study by the international bar association must be adopted and encouraged.

« لا أريد الاختصار على شهادة الفقهاء المنصلين من علماء الغرب كالفقيه الألماني كوهلر Kohler ، والاستاذ الإيطالي دلفيشيو Delvechie ، والعميد الأمريكي ويكمور Wigmore وكثيرين غيرهم ممن يشبهون بما انطوت عليه الشريعة الإسلامية من مرونة وقابلية للتطور ؛ ويضعونها الى جانب القانون الروماني والقانون الانكليزي احدي الشرائع الأساسية الثلاث التي سادت ولا تزال تسود العالم . وقد أشار الاستاذ لامبير Lambert الفقيه الفرنسي المعروف في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في مدينة لاهاي سنة ١٩٣٢ الى هذا التقدير الكبير للشريعة الإسلامية التي بنا يسود بين فقهاء أوروبا وأمريكا في العصر الحاضر .

ولكنني أرجع للشريعة نفسها لابت صحتة ما اقرته :

ففي هذه الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة فاحسنت صياغتها لصنعت منها نظريات ومبادئ لا تقل في الرقي والشمول وفي مساهمة التطور عن اخطر النظريات الفقهية التي نتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث .

واني آتي بامثلة أربعة اضطررت الى الاختصار عليها لضيق المقام :

يسرك كل مطلع على فقه الغرب ان من أحدث نظرياته في القرن العشرين نظرية « التصرف في استعمال الحق » ، ونظرية « الظروف الطارئة » ، ونظرية « تحمل التبعة » و « مسؤولية عدم التمييز » .

ولكل نظرية من هذه النظريات الاربع أساس في الشريعة الإسلامية لا يحتاج الا الى الصياغة والبناء » .

ثم أوضح الاستاذ السهوري بأسباب أسس هذه النظريات الحديثة الاربع في الشريعة الإسلامية .

٩٧ - وهذه النسبة نقل هنا عبارة جليلة عن واجب البلاد السورية في تشريعها الجديد المنتظر للاستاذ الفرنسي الكبير (دونديودوفابر Donnedieu de Vabres) من أعلام علماء الحقوق الجنائية في العصر الحاضر والاستاذ في كلية الحقوق من جامعة باريس ذكرها في مقدمته التي كتبها على رسالة زميلنا الدكتور أنور ابراهيم باشا التي عنوانها « المسؤولية الجزائية في الشريعة الإسلامية بنظر الاجتهاد الحنفي » .

« De la responsabilité pénale en Droit Islamique
d'après la Doctrine Hanafite »

وهي الرسالة التي نال بها شهادة الدكتوراه في الحقوق من الجامعة المذكورة ، سنة /١٩٤٤/ خلال الحرب العالمية الثانية الماضية ، اذ يقول الاستاذ دوفابر ما ترجمته :

« عندما تفسح الحرب لوزارها في يوم السلم القريب
ستجد سورية نفسها أمام ضرورة ملحة الى ان تستبدل
بالتشريعات المتنوعة السائدة في بلادها ، وخاصة منها المجموعة
القانونية العثمانية لسنة / ١٨٥٨ م / ، تشريعا موحدا ملائما
للمصر » .

وسوف تلجأ بلا ريب ، كما فعلت سابقا ، الى نماذج
اجنبية . ولكنها يجب ان لا تهمل ماضيها التشريعي المجيد ،
المتشعب ، للخصلة الرفيعة ، والمكون من تراثها الاسلامي .

وان دأب هذه الرسالة يسلمهم في اظهار صورة هذا
الماضي مشخصة بالويزة (١) .

(١) النص الفرنسي لعبارة الاستاذ دوفابر « هذه هو كما يلي :

Au jour prochain de la paix, la Syrie se verra dans l'ob-

هذا ولا أجد حتما أحتم به هذه المقدمة أجمل وأمثل من كلمة ابن القيم المأثورة إذ يقول :

« ان الله أرسل رسله وانزل كتبه ليقوم الناس بالقسط ،
وهو العدل الذي قامت به السموات والارض » .

فالما ظهرت امارات الحق وعلقت ادلتها بأي طريق كان
فذلك من شرع الله ودينه ، ورضاه (١) .

ligation urgente de substituer aux législations variées qui règnent sur son territoire, et notamment au Code Ottoman de 1868, un droit unifié et modernisé.

Comme précédemment, elle aura recours, sans doute, à des exemples étrangers.

Mais elle ne saurait négliger le précédent illustre, et hautement civilisateur, que constitue sa tradition islamique.

L'auteur de ce livre aura, heureusement, contribué à mettre ce précédent en relief.

(ر : مقدمة الرسالة المذكورة ، الطبعة الاولى ، ص/ ٥) .

(١) ذكر ذلك ابن القيم في اواخر كتابه القيم « اعلام الموقعين عن وپ العالمين » (ج ٣ ص/ ٥٤٣) ، خلال بحثه عن السياسة الشرعية وما تقتضيه من انشاء الاحكام للناس بحسب دولي الحاجة والمصلحة ، وما يكون من تلك الاحكام السياسية المحدثة نافعا موافقا لروح الشريعة الاسلامية أو مضرا مغالفا .

وقد أتى رحمه الله تعالى في هذه المناسبة بكلام نفيس جدا عن مبدأ وأسباب استحداث ما سماه : « القوانين السياسية » - أي الاحكام المستنونة بأوامر ولاية الامر بناء على دواعي السياسة الشرعية - وبين كيف أن طائفة من المدعين لانفسهم علم الشريعة ضيقوا نطاقها جهلا منهم ، وسدوا على أنفسهم طرقا صحيحة من الطرق الشرعية لاقامة العدل وتنظيم مصالح العباد وحقوقهم ، وجعلوا الشريعة كأنها قاصرة لا تقوم بمصالح العباد ، حتى رأى ولاية الامور أن الناس لا يستقيم أمرهم الا

فبأسأل هذه الادمغة التضجيه والأفهام الصافية نهض الفقه الاسلامي
نهضته العاليه وبرزت مكوناته من اركان الشريعة ، ولعل تلك النهضة
الفقيه عوده سريعة •

٩٨ - انتهينا من تلك المقدمة التعريفية التاريخية التي عرضنا
فيها صورة كافية عن الفقه الاسلامي ومصادره وأطواره وأدواره التي
مر بها منذ نشأته الى اليوم ، في ذلك القسم الاول من هذا المدخل
الفقهي العام •

وننتقل الآن الى القسم الثاني الذي سنعرض فيه مختلف النظريات
الفقهية الاساسية في مباني الاحكام ؛ وهي النظريات التي يقوم في

بشيء زائد على ما فهمه هؤلاء من فهم ضيق في الشريعة المتسعة ، فأحدثوا
لهم قوانين سياسية لتنظم بها مصالح العالم وكان من هذه القوانين
الصالح ومنها الفاسد • فتولد من تقصير أولئك في الشريعة واحداث
هؤلاء ما أحدثوه من اوضاع سياستهم شر طويل وفساد عريض الخ ••••

ثم قال رحمه الله :

« ولا نقول ان السياسة العادلة مغالطة للشريعة الكاملة ،
بل هي جزء من اجزائها وباب من ابوابها • وتسميتها
(سياسة) امر اصطلاحي ، والا فانا كانت عدلا فهي من
الشرع » •

ثم ساق امثلة عن أعمال الرسول (ص) وصحابته واحكامهم بين الناس
بالسياسة الشرعية ، فلتنظر فيه •

وقد اعاد معظم هذا البحث في كتابه الطرق الحكمية (ص/١٢-١٥) •
وقد دل تعبير ابن القيم بلفظ « القوانين السياسية » على ان اطلاق
« القوانين » على معنى الانظمة التشريعية الزمنية كان مستعملا في اصطلاح
الفقهاء قبل ابن القيم المتوفي سنة ٧٥١/ هـ •

الواقع على أسسها صرح الفقه الاسلامي وتعتبر كالعنصر الهندسي في بناءه
المظيم الخالد .

٩٩ - معنى هذه النظريات :

نريد من النظريات الفقهية الاساسية تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى
التي يؤلف كل منها على حدة نظاما حقوقيا موضوعيا منبثا في الفقه الاسلامي
كأبناث أقسام الجملة العنصرية في نواحي الجسم الانساني وتحكم عناصر
ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الاحكام ، وذلك كمفكرة
الملكية وأسبابها ، ومفكرة العقد وقواعده ونتائجه ، ومفكرة الاهلية وأنواعها
ومراحلها وعوارضها ، ومفكرة النيابة وأقسامها ، ومفكرة البطلان والفساد
والتوقف ، ومفكرة التمليق والتقييد والاضافة في التصرف القولي ، ومفكرة
الضمان وأسبابه وأنواعه ، ومفكرة العرف وسلطانه على تحديد الالتزامات ،
الى غير ذلك من النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه
بكامله ، ويصادف الانسان أثر سلطانهما في حلول جميع المسائل والحوادث
الفقهية .

وهذه النظريات هي غير القواعد الكلية التي صدرت مجلة الاحكام
الشرعية بتسع وتسمين قاعدة منها ، والتي ستتولى شرحها في القسم الثالث
الاخير . فان تلك القواعد انما هي ضوابط وأصول فقهية تراعى في تخريج
أحكام الحوادث ضمن حدود تلك النظريات الكبرى .

فمساعدة « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني » مثلا ليست
سوى ضابط في ناحية مخصوصة من ميدان أصل نظرية العقد . وهكذا
سواها من القواعد .

وستنجد في استخلاص تلك النظريات الاساسية وتجريدها وجمع

شئت عناصرها من شتى الابواب الفقهية المنبثة فيها ، لتبرز كل منها في صورتها النظامية كاملة ، وتتجلى حاكميتها في فروع الاحكام ، وتكون تمهيدا لصياغة نظرية عامة جامعة لقواعد الاحكام المدنية في الفقه الاسلامي ، كنظرية الالتزام العامة في الفقه القانوني الاجنبي .

وان مطالعة هذه النظريات الاساسية ، بعد طلوعها من مكانها وراء فروع الاحكام ، تعطي الطالب ملكة فقهية عاجلة تؤهل فكره وتمينه على مدارك الفقه ؛ وقد كان يحتاج في اكتسابها الى زمن طويل كما سلفت الاشارة اليه في خطبة هذا الكتاب .

وسنفرد لكل واحدة من هذه النظريات الفقهية الاساسية بابا نعرضها ونعالجها فيه ، مبتدئين من نظرية الملكية وأسبابها .

القسم الثاني

النظريات الفقهية الاساسية

في مباني الاحكام

الْبَيِّنَاتُ الْإِلَهِيَّةُ

نظرية الملكية

في الفقه الاسلامي

• ١٠ - يتفرع البحث في هذه النظرية الى الفروع التالية :

١ - تعريف الملك ، وبيان أسبابه •

٢ - تقسيم الملك وأسبابه •

٣ - خصائص الملكية •

٤ - الفرق بين التملك والاياحة ، والفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع •

وستشرح فيما يلي نظرية الملكية في فروعها هذه وما يتشعب منها ،
ونبين المبادئ الفقهية الاساسية فيها ونوضح نتائجها العملية التي تبرز في
تفاريع الاحكام •

الفصل الأول

تعريف الملك وبيان أسبابه

١ - تعريف الملك

١٠١ - الملك^(١) في اللغة معناه انتزاع الشيء والقدرة على الاستبداد به (لسان العرب) •
أما في اصطلاح الفقهاء شرعا فالملك هو :

(١) الملك مثلث الميم ، أي يجوز في ميمه الفتح والكسر والضم •
ولكن يستعمل مكسور الميم ومفتوحها في ملك الأشياء ، ومضمومها في ملك السلطنة •

فيقال ملكت الشيء ملكا (بكسر الميم) ، وملكته على الناس أمرهم ملكا (بضم الميم) •

والوصف من الاول : مائك ، وجمعه ملاك (بضم الميم وتشديد اللام ، نظير كاتب وكثاب) •

والوصف من الثاني : ملك (بفتح الميم ، وبكسر اللام أو تسكينها) ، وجمعه ملوك وأملاك (كما في المصباح) •

والملكة أيضا (بفتحتن على وزن « حركة ») بمعنى الملك أيضا ، يقال : له عليه ملكة ، أي ملك ، وما في ملكته شيء ، أي لا يملك شيئا (كما في اللسان والمصباح) •

فلفظ « ملكية » بالياء المشددة الذي يستعمله العلماء يجوز فيه أن يقال بكسر فسكون ، من الملك ؛ أو بفتحتن من الملكة •

« اختصاص حاجز شرعا صاحبه التصرف المانع » .

وهذا أوجز وأجمع تعريف استخلصناه مركبا من عدة تعاريف ذكرها الفقهاء^(١) ، في كل منها مزية ونقص ، فجاء جامعا لمزاياها ومستندركا لثوائفها .

والمراد بكونه حاجزا انه يحجز غير المالك عن الانتفاع والتصرف دون اذن المالك .

وأما المانع الذي يمنع المالك نفسه عن التصرف فيشمل حالتين :

- نقص الاهلية ، كما في الصغير اذ يتصرف عنه وليه .
- وحق الضم ، كما في المال المشترك والمال المرهون ، اذ تنقيد فيهما صرفات الشركاء والراهن رغم ملكيتهم .

فوجود هذا المانع لا ينافي الملك لانه عارض .

وهذا التعريف يتناول جميع أنواع الملكية الأئمية بإنها ، من ملكية الاعيان ، أو المنافع ، أو الديون .

ومن هذا التعريف يتضح أن الملك هو عبارة عن علاقة الانسان بالمال وما في حكمه من المنافع ، فهو التصوير التشريعي لهذه العلاقة وثمرتها وحدودها .

(١) نقل تلك التعريفات المختلفة للملك الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه « الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية » ، ف/١٥ - ١٦ / .
وجاء في كتاب البيوع من فتح القدير (ج ٥ ص/٤٥٦) :

« الملك هو قسرة يشبها الشرع ابتلاء على التصرف »

وبذلك يتبين أن الملكية ليست شيئا ماديا ، وإنما هي حق من الحقوق . والحق نوع من الاعتبار الشرعي .

فحيثما أقر الشرع هذه العلاقة الاختصاصية بين الإنسان والمال بُتت الملك ، وحيثما نفى الشرع هذه العلاقة انتفى الملك .

وذلك ، بخلاف المال فإنه ذو مفهوم مادي يقع على الموجودات ذات المنافع ، حتى أن المال في الاجتهاد الحنفي يختص بالأعيان المادية ، فلا يشمل المنافع في نظر الحنفية ، كما سنرى في تقسيم الملك (ف/ ١١٣) .

ب - أسباب الملكية

١٠٢ - ان أسباب التملك التي أقرها التشريع الاسلامي تنحصر في أربعة :

١ - احرار الباحث .

٢ - القود .

٣ - الخلفية .

٤ - التولد من المملوك .

وقد كان في جاهلية العرب ولدى الامم الاخرى أسباب للملكية رفضها التشريع الاسلامي ؟ فمعضها شنعو واعتبره من أشد الجرائم ، وبعضها أباه واعتبره من المحارم .

فالاول - كالنزو الداخلي بين القبائل عند العرب وغيرهم ، وكاسترقاق المدين اذا عجز عن الاداء عند الرومان وفي جاهلية العرب .

والثاني - كالتقادم المكسب^(١) الذي كان في أواخر التشريع الروماني وورثته القوانين الأوروبية ولا يزال فيها .

فالفقه الاسلامي قد قبل قاعدة التقادم ، لا على أنه سبب مكسب للملكية ، بل على أنه مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مر عليه الزمن المعين ، تديرا تنظيميا للقضاء ، واجتبايا لمرأيل الاثبات ومشكلاته بعد التقادم ، وللشك في الحق الذي تقادم عليه الزمن دون مطالبة له . أما أصل الحق ، ان كان ، فباق في ذمة الانسان لصاحبه ، ويجب وفاءه في حكم الديانة . ولذلك لو أقر الخصم بالحق انهدم مرور الزمن لزوال الشك وظهور الحق باقراره ، فتسمع الدعوى (ر : ف/٧١٤) .

وهذا من أثر التفريق في الشرع الاسلامي بين حكم القضاء والديانة كما سلفت الإشارة إليه أوائل المقدمة (ف/٣) .

وستتولى فيما يلي إيضاح أسباب الملكية الاربعة التي أقرها الشرع الاسلامي :

(١) **التقادم** ، ويسمى أيضا : **مرور الزمان** ، هو انقضاء زمن معين (كخمسة عشر عاما ، أو أكثر ، أو أقل) على حق في ذمة انسان ، أو على عين لغيره في يده دون أن يطالب صاحبهما وهو قادر على المطالبة .

فهذا التقادم : أما ان يعتبر مانعا لسماع الدعوى بالحق أمام المحاكم ، مع اعتبار الملكية أو الحق في الواقع باقيين على حالهما السابق ، وهذا هو **التقادم المانع** ، لانه منع الدعوى ؛ وأما ان يعتبر سببا للملكية صاحب اليد وانقطاع حق صاحب الحق المهمل بتاتا ، وهذا هو **التقادم المكسب** ، لانه اكسب الانسان ملكية في شيء هو في الاصل لغيره .

١٠٣ - اولا - احراز المباحات :

المباح هو المال الذي لم يدخل في ملك محترم ، ولا يوجد مانع شرعي من تملكه ؟ كالماء في منابعه ، والكلا في منابعه ، والاشجار في البراري غير المملوكة ، وصيد البر والبحر ، الخ ...

فلكل انسان أن يستولي على ما يستطيع من هذه المباحات • وما استولى بقصد التملك فقد ملكه وأصبح له دون سائر الناس • وهذا الاستيلاء يقصد التملك هو الاحراز •

فملكية المباحات بالاحراز تتوقف على شريطين :

الاولى - أن لا يكون قد سبق الى احراز المباح شخص سابق •

فلو جمع انسان ماء المطر في وعاء وتركه فليس لغيره أن يأخذه ، لانه قد خرج عن حكم الاباحة باحراز الاول وأصبح مملوكا له ، لان القاعدة أن « من سبق الى مباح فقد ملكه » •

وكذا لو جمع الانسان حطباً من البرية وتركه فليس لغيره أخذه ، وعلم جراً

الثانية - قصد التملك •

فلو حصل المباح في حوزة الانسان دون قصد منه تملكه لا يملكه •

وعلى هذا لو نشر الصائد شبكته فوقع فيها الصيد : فاذا كان قد نشرها للتجفيف لا يملكه ، ولكل من يراه أن يأخذه ويتملكه ، اذ يعتبر الآخذ هو المحرز لا صاحب الشبكة • وإن كان قد نشرها

للاصطياد يكون هو المحرز لا يقع فيها ، فيملكه بمجرد الوقوع ، وليس لغيره أخذه .

ومثل ذلك يقال فيما لو وضع اثناء فاجتمع فيه ماء المطر ، أو بنى في البرية برجاً ففتش فيه الحمام بحيث يقدر على أخذه من غير اصطياد . فكل ذلك إن كان قد أعد لهذه الغاية يملك ما يدخله والا فلا ؛ وذلك وفقاً للقاعدة القائلة « الامور بمقتضاها » (٣/م) .

واحرار المباحات الذي هو من أسباب الملك المشروعة تدخل فيه **الفنائم الحرة** ، لان أموال المحاربين تعتبر من المباحات ، اذ أن ملكيتهم عليها غير محترمة .

والشرع الاسلامي انما منع الفزو الداخلي ، فأما الحرب المشروعة مسح الاعداء الخارجين فانها سائغة ، بل تكون واجبة حفظاً للكيان وصدا للعدوان ، وهي من أسباب التملك في العرف الدولي وقوانين الأمم .

٤٠١ - ثانياً - العقود :

العقود جمع عقد ، وهو في اصطلاح فقهاءنا :

ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع يظهر اثره في معمله وسيأتي معنى الايجاب . وايضاح هذا التعريف في نظرية العقود (ف/١٣٣) .

وفي اصطلاح رجال القانون هو :

اتفاق شخصين فاكتر على انشاء حق ، او على نقله ، او على انهاءه .

وذلك كالمبيع ، والأجارة ، والهبة ، والكفالة ، والأقالة ، ونحوها .

فمن كفل فقد أنشأ على نفسه حقا للدائن في المطالبة . ومن باع شيئا فقد نقل ملكية المبيع الى حوزة المشتري ، ومن تقايلا عقدا بينهما فقد أنهيا حكمه ؟ وهكذا .

والعقود كلها تصرفات قولية يشترط فيها ، لتكون سببا للملكية شرائط ، من أهمها : **الاهلية والاختيار** .

فالأكراه على القصد يسلبه حكمه . ونقص الاهلية ، كما في عقود الصغار ، يؤثر من نتائجها . وسنرى تفصيل ذلك في نظرية العقود ، ونظرية الاهلية .

والعقود ، بصورة عامة ، هي من أعظم أسباب الملكية ، وأعمها وقوعا ، وأهمها شأنًا في الاعتبارات المدنية والوزن القانوني ، لان بها يتجلى الإدراك والنشاط الانساني في المضامين الاقتصادية والحقوقية بخلاف الاسباب الثلاثة الأخرى من أسباب الملك فانها قليلة الوقوع بالنسبة الى العقود التي تستلزمها حاجات الانسان في معظم حركاته وحياته اليومية .

١٠٥ - العقود الجبرية والتمليك الجبري :

ويدخل في العقود من حيث سببية الملكية حالتان :

الأولى - العقود الجبرية التي تقوم باجرائها السلطة القضائية مباشرة وصراحة بالنيابة عن من تجب عليهم اذا امتنعوا عن اجرائها . وذلك كبيع مال الدين جبرا عليه لاجل وفاء الدين : من قبل القاضي في الترتيب الفقهي قديما ، ومن قبل دوائر الاجراء اليوم ، وهي الفروع التنفيذية للقضاء ومحاكمه في الترتيبات القانونية الحديثة .

ومثل ذلك أيضا بيع الحاكم للأموال المحتكرة على محتكرينها^(١)
عندما يضر بالناس احتكارها • (ر : الدر المختار • كتاب الحظر والإباحة
• ٢٥٩/٥)

ففي هذه الحالة تستند الملكية الى عقد بيع صريح أجرته السلطة
القضائية بالنيابة الجبرية عن المالك •

الثانية - حالة التملك الجبري المسمى في الاصطلاح القانوني نزع
الملكية الجبري •

ولهذا التملك الجبري في الأحكام الشرعية والقانونية صسوتان
بحسب صاحب المصلحة فيه :

أ - فالصورة الاولى هي التشفعة ، وهي حق ممنوح شرعا لشخص
أن يملك العقار المبيع جبرا على شتريره بما قام عليه من الثمن والتكليف ،
ويسمى صاحب هذا الحق : « شفيعا » (٢) •

ويثبت حق التشفعة شرعا للشريك والخليط والجار الملاصق^(٣) •

(١) يقال : باع الحاكم عسل فلان ماله ، اذ تولى يمه جبرا عنه
(ر : المصباح مادة « بيع ») •

(٢) التشفعة (يضم فسكون) في الاصطلاح الشرعي مشتقة من لفظ
« الشفع » (بفتح فسكون) بمعنى الغم لفة ، لان انشفيع يضم مال غيره
الى ماله •

(٣) الشريك من كان مشتركا في ملكية عين العقار •

- والخليط هو المشارك في الحقوق العقارية (ر : المجلة / ٩٥٤) ،
أي من كان له في عقار غيره حق عيني يار்த்தاق جار على ذلك العقار

ب - والصورة الثابتة هي الاستملاك لأجل المصالح العامة ، فقد أجاز الشرع الإسلامي استملاك الأرض المجاورة للمسجد جبراً على أصحابها إذا امتنعوا عن بيعها وضاق المسجد بأهله واحتاج إليها ؛ كما أجازوا مثل ذلك لأجل توسيع الطريق إذا دعت حاجة الناس إلى توسيعه ، وذلك بالقيمة التي يساويها العقار المستملك .

حتى لقد نص الفقهاء على أنه يجوز أن يؤخذ لتوسيع الطريق جانب من المسجد عند الحاجة (ر : المختار ٣/٣٨٣ - ٣٨٤) .

وقانون الاستملاك للنفع العام لدينا يسوغ نزع الملكية الجبري عن كل عقار تقرر السلطة الإدارية العليا وجود النفع العام في استملاكه لمصلحة من المصالح العامة ، كمدرسة أو مستشفى أو حديقة ، وذلك بقيمتها التي تقدرها له لجنة خبراء .

فجميع هذه الأحوال تستند الملكية فيها فقها إلى سبب المقد :

فملكية التفتيح للعقار المقتضى له بها في صورة الشفعة ، وملكية

كحق المرور أو التسييل فيه ، وحق تحميل الجنوع على جدران الخ . . .
سواء أكان مستقلاً بهذا الحق العيني ، لو كان الحق مشتركاً بينه وبين غيره ، كما لو كان لعقارين ممر خاص ، أو شرب مشترك بينهما ، فصاحب كل منهما خليط للآخر .

- **والجار الملاصق** هو من يتصل عقاره بعقار غيره من إحدى الجهات اتصالاً مباشراً دون فاصل .

وقد جاء قانون الملكية العقارية لدينا ذو الرقم ٣٣٣٩/م بالغاء شفعة الجار كما سلفت الإشارة إليه آخر المقدمة (ر : ٩٣/م خامساً) .

ثم جاء القانون المدني الجديد سنة ٩٤٩/م بالغاء حق الشفعة مطلقاً .

الجهة الممتلك لحسابها في صورة الاستملاك ، تعتبر مستندة الى عقد شراء جبري يقدر وجوده بطريق الاقتضاء والاستلزام^(١) ، فيفترض حصول البيع والشراء بين الطرفين بإرادة السلطة الملزمة ، كنتيجة لقضاء القاضي بتمليك الشفيع ، أو لعملية الاستملاك الجاري من الجهة صاحبة الحق فيه ، وفقاً للأساليب والمراسم المشروعة .

هذا ما يقتضيه التخرج الفقهي لحالات اتملك الجبري .

فيتضح ، بناء على ما تقدم ، أن العقد في سببية الملكية يكون تارة رضائياً ، وتارة جبرياً ، وإن العقد الجبري يكون يكون تارة صريحاً وتارة مقدراً اقتضاء .

١٠٦ - ثالثاً - الخلفية :

الخلفية (بفتحين مع تشديد الياء) هي : حلول شخص أو شيء جديد محل قديم زال في الحقوق ، وهي نوعان :

- خلفية شخص عن شخص ، وهي الارث .
- وخلفية شيء عن شيء ، وهي التضمين أو التوويض .

أ - الارث :

الارث خلفية يحل بها الوارث محل المتوفى في ملكية أمواله المخلقة التي تسمى « تركة » وفي المسؤوليات المالية بتلك التركة .

(١) يقول الفقهاء ان أخذ العقل بالشفعة قبل تسليمه الى المشتري هو كشراء من البائع ، وأخذه بعد التسليم كشراء من المشتري (ر : الدرر شرح الدرر كتاب الشفعة ٢/٢١١) .

فإذا لم يكن للمتوفي تركة ، أو كانت تركته أقل مما عليه من ديون ، لا يكون الوارث مسؤولاً بأمواله فيما إذا زاد من الدين عن التركة ، لأن الارث شرع سبباً للملك لا للتغريم ، إذ لا يعقل أن يغرم انسان تبعات تصرف صادر من غيره لم يكن له به دخل ، ولم يتكفل به •

والارث سبيل نواذرت عليه الشرائع الالهية والوضعية ، وفيه من الحكمة والنفع ما فيه ؛ لانه يحول نتائج جهود السلف الى الخلف من رأس مال ، وقوة انتاجية ، ووسائل حيوية ، فيجعل جبل الانتاج والفعالية الاقتصادية متصلاً بنسبة من القوة مستمرة أو متزايدة ، فلا يحتاج الخلف الى انشاء وسائل الحياة والانتاج من جديد مبتدئاً من نواتها الصغرى ، فيقضي معظم حياته في تكوين العدة الكافية •

وكما يتلقى الوارث هذه الخميرة الارثية عن سلفه يحيلها هو بدوره الى خلفه ، فتكون في الاغلب قوة مالية ثابتة دائمة ، وينشط كل انسان عادة الى تميمتها وزيادتها ، حرصاً على أعقابها وترفيها لهم •

وعن هذا كان الارث سبباً طبيعياً للملك ثابتاً بحكم انشريعة دون حاجة الى سابق اتفاق أو وصية ؛ ولا يتوقف على قبول الوارث بعد وفاة المورث ؛ ولا يرتد برده ورفضه كما ترد الوصية برد الموصى له ، لانه محدود من نظم الشريعة •

وهذا معنى قولهم : ان الارث جبري ، فلا يسقط باسقاط الوارث ، كما لا يؤثر فيه قصد المورث الى الحرمان •

فلو أعلن انسان وسجل حرمان أحد ورثته أو تفضيل بعضهم على بعض في التصيب الارثي لسم يكن لحرمانه أو تفضيله من أثر ، وانما يستطيع المورث أن يتصرف بأمواله كلها بالهبة أو سواها من

التصرفات المنحيزة حال حياته ، وأن يوصي بثالث ماله فما دونه بعد موته
لمن ليس بوارث ، اذ لا وصية لوارث ، كيلا تتخذ الوصية ذريعة الى
التفضيل في الأثر^(١) .

ويتضح مما سلف أن شرط الملكية بالارث أن لا يكون على المتوفى
دين مستغرق للتركة ، فإن كان فانه يقدم استيفاءه من التركة على الارث
ويمنع تملك الورثة ، حتى لو باع هؤلاء شيئا من التركة لا ينفذ البيع لانهم
باعوا ما لم يملكوا ، الا أن يشاء الورثة دفع الدين كله من أموالهم الخاصة ،
ف عندئذ تسلم لهم التركة ، اذ سلمت للمفراة ديونهم كاملة فلم يبق لهم في
التركة علاقة .

واذا كان مبلغ الدين أكثر من التركة وأراد الورثة أن يدفعوا الى
المفراة من الدين ما يعادل قيمة التركة فقط ويملكوها فليس لهم ذلك
الا اذا رضي المفراة ، (ر : الدر المختار ورد المحتار في كتاب القضاء
٣٤٠/٤) .

ب - التضمن ، او التعويض :

اذا ألتف أحد لآخر شيئا ، أو غصبه منه فهلك أو فقد ، وكذا اذا
ألحق بغيره ضررا بجناية أو تسبب ، ففي ذلك وأمثاله يجب عليه ضمان
ما ألتفه ، وتعويض الضرر الذي باشره أو تسبب به .

وعندئذ يملك الموعض له ذلك العوض ملكا مستندا الى سبب
الخلقية ، لأن هذا العوض خلف عما تضرر فيه من مال أو منفعة أو
عضو .

(١) تقدم ايضا طريقة « سه الفرائع » وأمثلتها في التشريع الاسلامي
عند الكلام على الاستصلاح فلتنظر هناك (ف ٢٧/٢) . وتقدم ايضا ذكر
الحديث النبوي « لا وصية لوارث » وتخريجه آخر الفقرة ٤٧/ ب / .

ويدخل في ذلك الدية ، وأرش^(١) الجنائيات ، فكل ذلك يملك بسبب
الخلفية •

١٠٧ - رابعا - التولد من المملوك :

من القواعد المقررة أن ما يتولد أو ينشأ من المملوك مملوك •
فمالك الأصل هو أولى بفرعه من سواء ، سواء في ذلك ما ينتج
بتسبب مالك الأصل وعمله ، وما يحصل بطبعه دون عمل مالك الأصل
أو تسببه •

ثمرة الشجر ، وولد الحيوان ، وصوف الغنم ولبنها ، وأمثال ذلك ،
كلها مملوكة لصاحب الأصل •

وإذا تولد شيء من مشترك فهذا التولد الحاصل يكون مشتركا بين
المالكين للأصل بنسبة حصصهم فيه •

وتتاج المنصوب تجري على هذا الأساس : فولد الدابة المنصوبة وثمر
الكرم المنصوب ملك للمالك المنصوب منه لا للغاصب •

ولكن هل يسري حكم النصب على الفرع المتولد في يد الغاصب ،
فيجتر غاصبا للفرع أيضا منذ تولده ، فيضمنه إذا هلك ، أو لا يسري
النصب عليه إلا بشرائط ؟

هذه قضية اختلفت فيها الاجتهادات ، كما هو مفصل في موضعه من

(١) الارش (يفتح فسكون) : هو العوض المالي الذي يقدر ويجب
على الجاني في غير النفس أو الاعضاء •

أما عوض اتلاف النفس أو العضو فيسمى : دية (بكسر ففتح) •

كتاب النصب في المؤلفات الفقهية ، إذ أن نبوت ملكية الفرع لمالك الأصل لا يستلزم أن يعتبر غاصب الأصل غاصباً للفرع الذي لم يسلبه من المالك ، وإنما حصل في يده حصولاً .

وأما إذا زرع الأرض غاصبها فإن المحصول له لا لمالك الأرض ، لأنه نماء البذر وهو ملكه ، ولكنه يضمن لمالك الأرض نقصانها بالزرع إن نقصت به^(١) .

١٠٨ - هذا ، وإن المجلة قد حصرت بالمادة /١٢٤٨/ أسباب التملك في الثلاثة الأولى ، ولم تعرض للتولد من المملوك .

وكذلك أرادت المجلة بالخلفية الأرض فقط ، ففسرتها بخلفية شخص عن آخر ، في متابعة هذا البيان ما في بعض الكتب الفقهية^(٢) دون نظر إلى ما تدل عليه فروع الأحكام من أسباب شرعية للملك .

وقد رأينا من تتبع فروع صور الملكية أن من الضروري إضافة

(١) هذا الحكم الفقهى أصبح اليوم معدلاً لدينا بالمادة /٨٨٥/ من القانون المدني السوري الجديد ، فقد قضت هذه المادة فيما إذا زرع الأرض غير مالئها بأن يكون مالك الأرض مخيراً بين أمرين :

- إما أن يدفع للزارع قيمة البذر ويتملك محصوله بطريقة الإلحاق بالأرض .

- وأما أن يترك الغلة للزارع ويأخذ منه أجر مثل الأرض عن سنة كاملة .

هذا إذا كان قد فات موسم البذر ، والا لخصاحب الأرض - إن شاء - أن يكلف الزارع نزع بذرهِ من الأرض دون أي تمويض عن عمل الحراثة والبذر .

(٢) ذكر ذلك ابن نجيم في الصيد واللبائع من كتابه « الاشباه والنظائر » وقابضته المجلة فيه (ر : مرآة المجلة /م/ ١٢٤٨) .

سبب رابع هو التولد من المملوك كما قلنا ، لأن الشيء المتولد من المملوك لا تستند ملكية صاحب الأصل فيه الى احرار ، اذ قد يكون في يد غيره كنتاج المصوب ، ولا تستند أيضا الى عقد أو خلفية كما هو ظاهر .
فوجب عد التولد سببا مستقلا .

أما ملك العوض في حالات التمويض أو التضمين فيبقى أيضا خارجا عن الاستناد الى أحد الأسباب الأربعة اذا فسرت الخلفية بالأثر كما فعلت المجلة ومصادرها الفقهية .

لكننا استثنينا عن جعل التمويض سببا خامسا بالتوسع في معنى الخلفية فجعلناها نوعين : خلفية شخص عن شخص ، وخلفية شيء عن شيء كما رأيت . وبذلك يصبح مطردا تخريج جميع صور الملكية على هذه الأسباب الأربعة .

(١) قد يتوهم أن ملك العوض في حالة التعويض يمكن رده الى سبب المقدر ، باعتبار أن دفع العوض ان كان باختيار الجاني فهو عقد رضائي ، وإن كان بالحكم عليه فهو عقد اجباري كما في حالة الاخذ بالشفعة .

ولكن هذا التوهم مدفوع بأن سبب الملك هو ما قلونه ثبوت الملك ، وإن الفعل الضار منتهى لالتزام الفاعل بالتمويض منذ صدور الفعل عنه . فحق الشخص المتضرر في العوض عن ضرره ثابت بصفة دين له في ذمة الجاني قبل القضاء له به أو دفع الجاني بدلا عنه برضاه .

فمن أئلف آخر مالا أصبح مدينا لصاحبه بمثله أو بقيمته ، بدليل أن المتضرر يحل له شرعا اذا وقع في يده مال للجاني أن يستوفي منه قدر حقه هذا ويتصرف به كما تقدم . (ر : ف / ٤) .

فهنا الدين في ذمة الجاني هو أحد أنواع الملكية كما تقدم بيانه ، فاحتاج هذه الملكية الى سبب مقارن تستند اليه منذ حصولها .

وليس دفع الجاني للعوض برضاه الا تفريفا لذمته من دين مملوك قبل البيع . وليس القضاء به عند التخاصم الا مظهرا ومثبتا لحق المالك هنا لا منشئا له .

الفصل الثاني

تقسيم الملك وأسبابه

١ - تقسيم أسباب الملك

١٠٩ - ينضج بعد ما أسلفنا بيانه عن أسباب الملكية الاربعة أن هذه الاسباب تقسم باعتبارين :

١ - باعتبار وجود الاختيار وعدمه فيها .

٢ - باعتبار أثرها النوعي .

أولا - من حيث الاختيار وعدمه :

فمن حيث الاختيار تنقسم أسباب الملكية الى نوعين : اختيارية وجبرية .



وذلك بخلاف حال الشفعة فان المقرر شرعا أن الشفيع لا يملك العقار الذي له فيه شفعة الا اذا أعطاه اياه المشتري برضاه أو قضي عليه بالشفعة ؛ أما قبل ذلك فالعقار باق على ملك المشتري ، وانما للشفيع حق أرجحية شرعية عليه في شراء العقار المبيع . فالتقضاء بالشفعة منشئ للملك الشفيع لا مظهر وان كان حقه في « أن يتملك » العقار المبيع ناشئا ببيعته منذ انعقاده .

فلذلك يمكن أن نعتبر ملك الشفيع في حال الشفعة مستندا الى سببية عقد ضمنني رضائي أو قضائي ، ولا يمكن مثل هذا الاعتبار في الملك بالتعويض .

أ - فالاسباب الاختيارية هي ما كان الانسان مختارا في ايجادها وهي سبيل : احرار المباحات ، والمقود .

ب - والاسباب الجبرية ما ليس له فيها اختيار ؛ وهي سبيل أيضا : الارث ، والتولد من المملوك .

ثانيا - من حيث الاثر النوعي :

وأما من حيث الاثر النوعي فتقسم اسباب الملكية أيضا الى نوعين : اسباب منشئة للملك ، واسباب نافذة له :

أ - فالاسباب المنشئة : هي التي توجد ملكا على شيء غير مملوك قبلها ؛ وهي احرار المباحات ، والتولد من المملوك .

ب - والاسباب النافذة : هي التي تتعلق بملك موجود قبلها فنقله من حوزة الى حوزة وهي : الخلفية ، والمقود^(١) .

(١) يعرفون العقد في الاصطلاح القانوني بأنه : « اتفاق اذاتين على انشاء حق أو على نقله أو على انتهائه » كما تقدم (ر : ف / ١٠٤) .

وظاهر هذا التعريف يقتضي أن يعتبر العقد سببا صالحا لانشاء الملك تارة ، ونقله تارة أخرى .

لكن يجب أن يلحظ في هذا المقام أن العقد لا ينحصر أثره في حق الملكية بل هو أيضا سبب للالتزامات . وعلى هذا :

أ - فبالنسبة الى سببية العقد في الملكية فهو سبب ناقل أبدا لا منشئ لأن العاقد أو المقود باسمه ، كالبائع أو الموكل مثلا ، يجب أن يكون قبل العقد مالكا للشيء يريد تمليك ، فإن فاقده الشيء لا يعطيه .
ب - أما بالنسبة الى سببية العقد في الالتزامات فقد يكون ناقلا ، وقد يكون منشئا .

- فالبائع كما ينقل ملكية المبيع الى المشتري ينشئ به البائع على نفسه التزاما بتسليم المبيع ، وبضمان العيب الخ .

ب - تقسيم الملك

١١٠ - وأما الملك نفسه فينقسم أيضا باعتبارين :

١ - باعتبار محله ، أي الشيء الذي يرد عليه الملك ويتعلق به .

٢ - باعتبار صورته ، أي كيفية تملكه بالملوك .

١١١ - (أولا) - من حيث المحل :

فمن حيث المحل ينقسم الملك الى ثلاثة أنواع : ملك العين ، وملك المنفعة ، وملك الدين .

أ - فأما ملك العين ، ويسمى أيضا : ملك الرقبة ، فهو أن تكون ذات الشيء ومادته مملوكة ؟ وذلك كملك الاموال المنقولة ، من متاع وحيوان ، وكملك المقار ، أي الاموال غير المنقولة ، من أراض ، ودور ، وحوادث .

ب - وأما ملك المنفعة فهو أن يملك الانسان حق الاستفادة فقط من الشيء مع المحافظة على عينه ، كقراءة الكتب ، واستعمال الآلات والادوات ، وسكنى النور والحوادث الخ . . بطريق الاجارة أو الاعارة ، أو بغيرهما من الاسباب المشروعة لتمليك المتافع .

هذا ، وإن بين ملك العين وملك المنفعة تلازما وتبعية في أحوال

- والكفالة تنشئ التزاما جديدا على الكفيل بتأدية الدين المكفول عن غيره ، الى جانب التزام المدين الذي هو باق على حاله .

- والحوالة تنقل التزام تأدية الدين الى صاحبه عن عهدة المدين المحيل الى عهدة المحال عليه ، فيصبح هذا الاخير هو وحده المكلف بهذه التأدية تجاه الدائن .

دون أخرى ، كما سنراه قريباً في خصائص الملكية (ف/ ١١٩) .

ج - وأنا ملك العين فكمبلغ لأحد في ذمة آخر بسبب ما ، كتمن مبيع على مشتريه ، وبدل قرض على مقرضه ، وقيمة مال متلف على من أتلفه ، ونحو ذلك .

ولا يسمى ديناً إلا إذا كان المبلغ التزاماً في الدعة .

فلما الوديعة من التقود المحفوظة لصاحبها لدى وديع فهي من قبيل ملك العين ، لأنها أمانة متينة يجب على الوديع حفظها ثم ردها بداتها عند الطلب ، وليس له أن يأخذها ويرد مثلها .

فلو تصرف الوديع بها أصبح غاصباً ، وعندئذ يضمنها ، فيصير مبلتها ديناً في ذمته كسائر الديون يوفى بأداء مثله .

١١٣ - الملكية التامة ، والملكية الناقصة :

هذا ، وبالنسبة الى العين والمنفعة ، تنقسم الملكية أيضاً انقساماً فرعياً الى نوعين :

- ملكية تامة ، وهي أن يملك الشخص ربة الشيء ومنفعته معا .

- وملكية ناقصة ، ولها شكلان :

الشكل الاول - أن يملك الشخص منافع الشيء دون رقبته .

وهذا الشكل أكثر الحالات الواقية للملكية الناقصة .

وتستفاد ملكية النافع وحدها بإحدى طرق أربعة ، وهي

الإجارة^(١) ، والإعارة ، والوقف ، والوصية لأحد بالمنفعة ، كسكنى دار أو غلة كرم ، ونحو ذلك^(٢) .

والشكل الثاني - عكس الأول وذلك بأن يملك الشخص رقة الشيء دون منافعه .

وهذا قليل وخلاف الأصل في ملكية الرقة التي من خصائصها أن تستيعب المنفعة ، إذ لا فائدة من إيجاب ملكية جردت من حق الانتفاع كما سترى في خصائص الملكية .

فلذا كان هذا الشكل الذي يجرد فيه ملك الرقة من حق الانتفاع حالة استثنائية تثبت موقوتة ثم تؤول الى تبعية المنفعة للرقة .

وهذا الشكل لا يكون إلا بطريق الوصية ، في صورتين منها فقط وهما :

١ - إذا أوصى المالك لشخص بمنفعة شيء بعد وفاته مدة معينة ،

(١) يلحظ هنا انه يدخل في الإجارة حقوق القراء التي تنشأ على عقارات الأوقاف بعقد خاص ، كمقد التحكيم في الأراضي الموقوفة ، ومقد الإجاريتين في المباني الوقفية المتوهنة عندما لا يكون في الوقف إمكان مائي لتعويضها .

فمقد الحكر والإجاريتين يقوم كل منهما على أساس إجارة طويلة تمنح المستأجر حق الانتفاع الدائم بالعقار الموقوف لقاء أجره معجلة تقارب قيمة العقار ، وأجرة مؤجلة سنوية ضئيلة رمزية لحفظ علاقة الوقف ، كما سترى في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية .

(٢) يلحظ هنا أيضا أن القانون المدني الجديد ، وقبله قانون الملكية العقارية ذو الرقم /٣٣٣٩/ لدينا قد سوغا إنشاء حق انتفاع على العقارات بعقد خاص بين المالك والمنافع مدة حياة هذا الأخير ، وقررا فيه بين الطرفين حقوقا وواجبات مفصلة .

أو مدة حياة الشخص الموصى له ، فإن ورثة الموصي في هذه الحالة إنما يملكون بالارث رقبة ذلك الشيء فقط ، أما منفته فيملكها الموصى له ، ويتأخر ائتمها ، فيستوفى الموصى له على حساب المورث لا على حساب الورثة ، وتعتبر العين كأنها محبوسة على ملك المورث في حق المنفعة الموصى بها .

٢ - إذا أوصى مالك العين لشخص بمنفعتها مدة معينة أو مسدة حياته ، وأوصى لآخر برقبته ، فإن الموصى له بالعين يكون مالكا لرقبتها وحدها مدة انتفاع الموصى له بالمنفعة حتى تنقضي بانهاء المدة المحددة له أو بموته .

وفي كلتا هاتين الصورتين يكون انفكاك ملك الرقبة عن ملك المنفعة موقوتا بمدة استحقاق المتفع للمنفعة . فمتى انتهت عادت المنفعة الى تبعيتها للرقبة ، فيصبح مالك الرقبة مالكا للمنفعة على حكم الاصل^(١) . (ر : البدائع ٣٥٢/٧ - ٣٥٤ / ٣ ، والهداية والدر المختار أول باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة) .

١١٣ - وفهاء الحنفية قد اعتبروا المنافع والديون أملاكا ولم يعتبروها أموالا . وبذلك فرقوا بين مفهوم « الملك » ومفهوم « المال » كما تقدم .

(ر : ف / ١٠١ / وج ٢ / ٦٩ - ٧٣ والمجلة / ١٢٥ و ١٢٦ / ، ورد المختار أوائل البيوع ، وضع التقدير أول الشركة) .

(١) الاوضاع القانونية اوجدت انفكاك الانتفاع عن ملك الرقبة بصورة دائمة بالنسبة لأمالك الدولة ، كما في حق التصرف بالأراضي الاميرية ، فان رقبته باقية لبنت المال ، وانما للناس فيها حق التصرف والانتفاع الدائم بكل الوجوه ، كما اقرت هنا الانفكاك بصورة موقوتة بمدى حياة المتفع بطريق التعاقد بمقد خاص ينشئ حقا عينيا يسمى : حق الانتفاع .

فالملك بمعنى المملوك^(١) هو أعم مفهوماً من المال ، لأن المال عند فقهاء الحنفية يقتصر على الموجودات المادية ذات القيمة بين الناس ، أما المملوك فهو كل ما يتعلق به الملكية أي الاختصاص ، فيشمل الأعيان المالية والمنافع والديون ، لأن هذه المنافع والديون يجري فيها الاختصاص كما يجري في الأعيان .

على أن الاجتهادين المالكي والشافعي يعتبران المنافع أموالاً كالأعيان بلا فرق .

وهذا هو الأوجه والموافق للأنظار القانونية العامة الحديثة .

وسرى في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية مزيد بسط وإيضاح للتفريق بين المال والملك في النظر الفقهي ، وثمرة هذا التفريق (ر : ج ٣/٦٩ - ٧٣) .

١١٤ - (ثانياً) - من حيث الصورة :

ومن حيث الصورة ينقسم الملك أيضاً إلى نوعين : ملك متميز ، وملك شائع .

١ - فالملك المتميز هو ما يتعلق بشيء معين ذي حدود تفصله عن سواه .

(١) يلحظ هنا أن الفقهاء عندما يقولون بأن المنافع والديون هي من قبيل الملك لا المال إنما يريدون معنى اسم المفعول ، أي المملوك الذي يتعلق به الملك ؛ لأن الملك بالمعنى المصدرى أي الملكية إنما هو علاقة اختصاصية للإنسان بالأشياء من أموال ومنافع كما تقدم . فالمنافع ونحوها هي محل للملكية ، أي أنها مملوكات ، وليست هي الملكية نفسها .

وذلك كما يملك انسان رأسا من الفم ، أو كتابا ، أو دارا بكتابها ،
أو طبقة معينة من دار ذات طبقات ، ونحو ذلك •

ب - **والمالك الشائع** أو الشاع هو الملك التعلق بجزء نسبي غير
معين من مجموع الشيء مهما كان ذلك الجزء كبيرا أو صغيرا •

وذلك كما يملك انسان نصف دار ، أو ربع فرس ، أو جزءا من
مائة فأكثر من أرض ، ونحو ذلك •

وهذا ما يسمونه « **الحصة الشائعة** » في الشيء المشترك •

ويمتضى نظرية الشيوع يكون كل جزء أو ذرة من المال المشترك
غير مخصوص بأحد من أصحاب الحصص ، بل تتعلق به ملكيات
جميعهم •

وعن هذا يعرفون الحصة الشائعة بأنها : « السهم الساري الى كل
جزء من أجزاء المال المشترك » (المجلة ١٣٩) ، ويصفها الفقهاء بأنها :
جزء مثبت **لي الكل** •

ومن الواضح أنه متى قسم المال المشترك بين الشركاء زال الشيوع
من الملك ، وأصبحت ملكية كل واحد في حصته ملكية متميزة •

١١٥ - الشيوع في الديون :

ان الشيوع لا يختص بملكية الاعيان ، بل الديون أيضا قد تكون
الملكية فيها مشتركة شائعة ؛ وعندئذ يسمى الدين : **دينا مشتركا** ، وهو
الذي ينشأ لأشخاص متعددين في ذمة آخر بسيط واحد ؛ كما لو
باع اثنان من آخر بعقد واحد شيئا مشتركا بينهما ، أو أئلف هذا لهما

شيئا مشتركا . فائمن في حالة البيع ، وكذا القيمة^(١) في حالة الانلاف ، يكون دينا مشتركا لهما في ذمة الآخر ، أي ان حقوقهما في ذمته مختلطة اعتبارا كشيوع ملكية أصحاب الحصص في العين المشتركة .

فلو لم يكن سبب الدين واحدا كما لو باع كل شريك حصته من المال المشترك بعقد مستقل ، أو أتلف المثلث لكل منهما مالا متميزا غير مشترك ، لم يكن ائمن أو القيمة في ذمته مشتركا ، بل يكون دين كل منهما مستقلا عن الآخر .

وسنرى قريبا في الخاصة السادسة من خصائص الملكية النتيجة العملية لاعتبار الدين مشتركا أو مستقلا (ر : ف / ١٣٨) .

١١٦ - ازالة الشيوع :

بين مما تقدم أن الملكية الشائعة إنما تكون دائما في شيء مشترك .
فهذه الشركة اذا كانت في عين المال فقط دون الاتفاق على استثماره بعمل مشترك تسمى : « شركة ملك » .

وتقابلها « شركة العقد » وهي أن يتعاقد شخصان فأكثر على استثمار المال أو العمل ، واقتسام الربح ، كما في الشركات التجارية أو الصناعية .

(١) يفرق الفقهاء بين القيمة والائمن :

فالقائمة هي : العوض الحقيقي الذي يساويه الشيء بين الناس .

أما **الائمن فهو :** البديل الذي يتفق عليه المتبايعان للمبيع ، سواء أكان أقل من قيمته الحقيقية أو أكثر ، كما سنرى في « عقد البيع » من الجزء الخامس الخاص بالمعقود المسماة .

وشركة القيد نافذة لأن فيها تقوية وتوسيعا للفعالية الاقتصادية ،
وتعاوننا بالمال والعمل على إيجاد القوة اللازمة في كثير من المشروعات الانتاجية
التي يعجز عنها الفرد غالبا .

أما شركة الملك فهي قيد معرفي للتصرف ، لأن الشريك لا يستطيع
أن يتصرف في حصته الشائعة من المال المشترك تصرفا فعليا يضر بشريكه
كاستهلاك العين أو تضيير شكلها ونحو ذلك .

ومن ثم شرع في شركة الملك سبيل ازالة الشيوخ من الاعيان
المالية المشتركة^(١) .

وان القسمة هي ذلك الطريق الاساسي شرعا وقانونا لازالة الشيوخ
من المال المشترك ، واختصاص كل شريك بقسم متميز^(٢) .

فإذا أبى أحد الشركاء القسمة تقسم المحكمة جبرا عليه بطلب أحد
الشركاء اذا كان المال قابلا للقسمة ، لا فرق في ذلك بين المنقول والعقار

(١) أما الديون المشتركة فلا تتأثر فيها ازالة الشيوخ ما دامت في
الغنة ، وإنما يمكن ذلك فيما يقبض منها ، فيقسم بعد قبضه بين الدائنين
المشاركين فيه ، وتصبح ملكية كل واحد منهم ملكية مستقلة متميزة فيما
خصه بعد القسمة ، كما هو المظاهر . وانظر ما سيأتي في الخاصة السادسة
من خصائص الملكية (ف/١٢٨) .

(٢) مما يجدر بالذكر أن الشفعة في العقار المشترك بين شخصين
فاكثر عند بيع أحد الشركاء حصته لغير شركائه تعد من التدابير المؤدية الى
ازالة الشيوخ او الى تخفيفه بتقليل عدد الحصص الشائعة وجمع بعض
ملكياتها الى بعض .

فالشفعة تساهم في غرض ازالة الشيوخ بطريق غير مباشر ، وإن
كانت لها غايات أخرى في نظر التشريع تقتضي جريان الشفعة في غير
حالات شيوخ الملك .

وفقا للمواد /١١٢٣/ و/١١٣٠ - ١١٥٢/ من المجلة .

وأما اذا كان المشترك غير قابل للقسمة فلن تنهانا لم يوجبوا فيه البيع الجبري لازالة الشيوع عند اختلاف الشركاء ، بل تستمر بينهم شركة الملك ويتهايؤون ، أي يتناوبون في استعمال المال المشترك . وهذا حكم القياس ، لأن الانسان لا يجبر على بيع ما يملك ، وان المهايأة هي في الحقيقة قسمة المنافع .

وقد بينت المجلة كيفية انهاء الشريعة وأنواعها من زمانية ومكانية ، ومن رضائية وقضائية ، أي اختيارية وجبرية ، وفصلت أحكامها في المواد / ٢١٢٤ - ١١٩١ / منها ^(١) .

/١١٦/ ٢ - غير أن قانون ازالة الشيوع لدينا الصادر في العهد العثماني باسم « قانون تقسيم الاموال غير المنقولة » قد أوجب ازالة الشيوع في العقار المشترك بطريق القضاء بناء على طلب أحد الشركاء جبرا على سائرهم ، سواء أكان قابلا للقسمة أو غير قابل .

فإن كان قابلا للقسمة يقسم بينهم قسما ، وفقا للحكم الفقهي المبين في المواد / ١١٤٧ - ١١٥٢ / من المجلة .

وان كان غير قابل للقسمة يباع بالمزاد العلني ويقسم ثمنه بين الشركاء .

وقد بقي المال المنقول المشترك ، بمقتضى هذا القانون ، على أصل الحكم الشرعي ، لا اجبار فيه على ازالة الشيوع عند عدم قابلية القسمة .

(١) سيأتي قريبا في الفقرة التالية /١١٧/ ان المهايأة قد أصبحت ملغاة قانونا في العقارات الزراعية .

وازالة الشبوع من العقار بمقتضى قانون تقسيم الاموال غير المنقولة
المذكورة هي من صلاحيات المحاكم الصلحية لدينا^(١) .

وأخيرا في سنة / ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧ م / جرى تعديل المادة / ٣ /
من قانون حكام الصلح لدينا بالقانون ذي الرقم / ٣٥٣ / الصادر
في ٣ حزيران / ١٩٤٧ م / فعمم في هذه المادة المعدلة حكم ازالة
الشبوع الجبرية القضائية على المنقول أيضا بالطريقة التي تتبع قانونا
في حق العقار المشترك ، وذلك بقسمته ان كان قابلا للقسمة ، وبعبه لو
غير قابل .

وفي هذا مصلحة ظاهرة بازالة مشكلات شركة الملك كلما تولدت
بأسبابها الطبيعية من ارث وغيره . وان مثل هذه المصلحة لا يأبأها الاستحسان
الفقهي ان أبأها القياس .

١١٧ - وما يجب أن يلحظ في هذا المقام انه بعد أن تقرر في
القوانين طريقة ازالة الشبوع الجبري قضاء في العقار لم يبق موجب للمهاياة
الجبرية بطريق التاوب في استيفاء منافع انشيء المشترك الا اذا ادعى أحد
الشريكين يطلب المهاياة ولم يطلب الشريك الآخر ازالة الشبوع ، وذلك
لأن كل ملك مشترك أصبح قابلا لازالة الشبوع منه قضاء على كل حال ،
ان لم يكن بالقسمة فبالبيع واقتسام الثمن^(٢) .

(١) أصبح اسمها بعد الوحدة بين مصر وسورية : **المحاكم الجزئية** .

(٢) نلفت النظر هنا الى أن المهاياة الجبرية قد أصبحت ملغاة في
المقرارات الزراعية بمقتضى المادة الاولى من القرار التشريعي ذي الرقم
/ ١٧١ / الصادر عن المفوض الفرنسي في عهد الانتداب الفرنسي في العاشر
من آذار سنة / ١٩٢٦ م / بشأن « حل الاداضي المشاعة » لأجل تحسين
الزراعة .

←

وتظهر فائدة المهايأة في حق ايجار الحصة الثامنة من عقار أو مال منقول ، فإن ايجارها ممكن شرعا وقانونا ، (ر : ف / ١٢٧) ولا سبيل الى تنفيذ عقد الايجار في حق الحصة الأجورة الا بطريق التهاؤ مع الشريك غير المؤجر مهايأة زمانية او مكانية .

- والمهايأة الزمانية هي أن يتفع كل من الشريكين على التعاقب بجميع الشيء المشترك مدة معينة بنسبة حصته ، كما في أرض مشتركة أملائا بين شخصين اذا تهايا على أن يزرعها هذا سنة والآخر ستين .

- والمكانية هي أن يخصص لكل من الشركاء بعض من المال المشترك بنسبة حصته ، فيتفعون بها في وقت واحد ، كالدار يسكن كل من الشريكين فيها قسما منها يعادل حصته وكحاثوتين مشتركين بين شخصين يستعمل كل منهما واحدا . (ر : المجلة / ١١٧٦ - ١١٧٧) .



ونص المادة الاولى من القرار المذكور كما يلي :

« ان القسمة الموروية بين الاشخاص الذين سيشغلون
أراضي الفلاحة والبساتين والكروم والجنان الخ ... المملوكة
مشاعا خلافا للتعليمات المذكورة في سننات الملكية أو التي هي
بنون سننات هي ممنوعة وتبقى ممنوعة » .

والقسمة الموروية المعنية في هذه المادة هي المهايأة .

ووجهة النظر في المنع أن المهايأة تضعف الأرض الزراعية بسبب
حرس كل شريك في نوبته على أن يستفيد من الأرض أقصى ما يستطيع من
ثمرات كما أنه يضمن عليها في نوبته بالحراثة والتسميد لأن بقاياها النافعة
ستذهب الى الشريك الذي يليه في نوبة المهايأة .

وظاهر ان هذا المنع مقصور على العقارات الزراعية ، وليس الغاء
للمهايأة بوجه عام كما يظن . ومما يشمر بذلك أيضا ما جاء في أسبابه
الموجبة من أن المقصود به تحسين الزراعة .

ومن الواضح أنه في نحو الحيوان الواحد مما لا يتجزأ لا تمكن
المهاياة إلا في الزمان •

ومن ثم جعل الفقهاء المهاياة نوعين زمانية ومكانية لتقسم بها المنافع
في كل شيء بحسبه •

الفصل الثالث

خصائص الملكية

١١٨ - ان للملكية في مختلف أنواعها وصورها خصائص يختلف فيها بعض أنواع الملكية عن بعض .

وهذه الخصائص قابليات واعتبارات شرعية يقبل بمقتضاها بعض أنواع الملكية ما لا يقبله غيره من التصرفات والأحكام ، بحسب طبيعة كل نوع ، وما يرمى اليه النظر التشريعي فيه .

ولم يجمع الفقهاء هذه الخصائص للملكية في بحث مستقل ، وانما تظهر للفقهاء الباحث من غرضون الأحكام الفقهية التي أقرها الفقه في شتى المباحث والتاسبات التي تتصل بالملكية وأسبابها .

وسنعرض فيما يلي هذه الخصائص التي تدل عليها التصوص وفروع الأحكام الفقهية :

١١٩ - الخاصة الاولى :

ان ملك العين يستلزم مبدئيا ملك المنفعة ولا عكس .

فملك العين يستلزم ملك المنفعة ، أي يستتبعها حالا أو مآلا .
ولا عكس ، أي أن ملك المنفعة لا يستلزم ملك العين ، فإن الشخص قد يملك منافع شيء دون عينه ، كما في الاجارة والاعارة . .

وذلك لأن ملكية الاشياء ليست مقصودة لذاتها ، وانما الغاية منها هي منافعها ؛ فليست ملكية العين بشيء لو لا المنفعة المرجوة منها •

وانما أقر الشارع فكرة ملكية الرقبة لتكون سندا لكمال الانتفاع الحر والتصرف المشروع ولو بالاستهلاك^(١) •

فاذا تصورنا انفكاك ملكية الرقبة في اشياء عن حق الانتفاع بصورة دائمة فذلك من البعث الذي ليس من شأن التشريع أن يقره • وانما يقره على سبيل الاستثناء في حالات عارضة موقته تنتهي الى تبعية المنافع للعين ، فنمود الى ملكية الرقبة ثمرتها المعقولة^(٢) •

وعلى هذا الأساس لم يكن في الفقه الاسلامي من أسباب الملكية ما يوجب امتلاك الرقبة وحدها دون المنفعة الا في صورتها الوصية بالمنفعة المتقدمتين (ف/١١٢) ، وهما :

— اذا أوصى المالك بمنفعة شيء من ماله ، كسكنى داره أو ثمرة

(١) حتى أن بعض فقهاء المالكية يذهبون في فلسفة الملك الى نظر يرون فيه أن الملك لا يمكن أن يقع على ذوات الاشياء وجواهر مادتها ، لأن التصرف بجوهرها ليس في قدرة الانسان ، وانما يقع الملك على منافع الاشياء بصورة تختلف سعة وضيقا ، وإطلاقا وتقييدا ، وتوقيتا وتأييدا • وبحسب هذه الحدود تختلف العقود في أسمائها ونتائجها : فالبيع يعطي الملكية في المنافع مطلقة مؤبدة والاجارة تعطيلها مقيدة وموقته ؛ وهكذا •

لكن جمهور الفقهاء ، ومنهم الحنفية ، على خلاف هذه النظرية ، فيرون أن الملكية تقع على ذوات الاشياء وأعيانها كما تقع على منافعها •

ولا نرى لهذا الخلاف النظري من ثمرة (ر : الملكية ونظرية العقد للاستاذ أبي ذهرة ، ف/١٧) •

(٢) انظر ما تقدمت الاشارة اليه من حال الاراضي الاميرية لدينا قانونا (ف/١١٢ ح) •

بستانه ، لشخص مدة محددة أو مدى حياته •

- وإذا أوصى بعين المال لشخص ، وبمنفعته لآخر مدة محدودة •
فإن الورثة في الصورة الأولى ، والموصى له بالعين في الصورة الثانية ،
يملكون رقة المال فقط دون المنفعة ، حتى ينتهي حق الموصى له بالمنفعة
فيعود حق الانتفاع الى مالك الرقة من وارث أو موصى له بالعين • فإن لم
يكونا أحياء فالى ورثتهم كما تقدم في تقسيم الملك •

والنظر الفقهي في صحة هذه الوصية ان انفكك ملك الرقة عن
المنفعة موقوف غير دائم ، وسينتهي ملك الورثة أو الموصى له بالرقة الى
ملك تام في المال ، فاعتبر هذا الانفكك في الحال احتراماً للوصية ، لأنها
مبنية على التسامح وعلى خلاف القيلس في كثير من احكامها تشجيعاً على
عمل البر في نهاية الحياة •

وعن هذا كانت الوصية بالمنافع وحدها أبداً لجهات دائمة لا لشخص
معين تخرج عن معنى الوصية وتعتبر في معنى الوقف الدائم الذي تسقط
فيه الملكية الخاصة عن رقة المال ، وترصد أبداً لمنفعة الجهة الخيرية الدائمة
التي خصصها لها الواقف •

فلو أوصى انسان بشجرة كرمه أو غلة داره للمساكين أبداً ، أو لشخص
معين ومن بعده للمساكين ، كان ذلك وقفاً مضافاً الى ما بعد الموت يحكم
الضرورة نظراً الى التأييد ، وإن كان بلفظ الوصية ، اذ لم يبق للملكية الورثة
في الرقة معنى ما دامت المنفعة لغيرهم أبداً •

(ر : فتح القدير الوقف ٤١٩/٥ ورد المختار ٣/٣٥٩) •

١٠٢ - الخاصة الثانية :

ان أول ملكية تثبت على الشيء الذي لم يكن مملوكاً قبلها
انما تكون دائماً ملكية تامة •

أي انها تكون شاملة لرقبة الشيء ومنافعه معا • فلا يمكن أن تثبت الملكية الأولى على الشيء ناقصة مقصورة على رقبته دون منافعه ، أو على منافعه دون رقبته •

• والملكية الأولى هي التي تثبت على الشيء بسبب منشئ ، أي بطريق احراز المباحات ، أو بالتولد من المملوك •

ومتى تثبت تلك الملكية الأولى على شيء بسببها المنشئ لا يتصور بعدها أن يتعلق بذلك الشيء ملك جديد الا بالسبب الناقل للملكية دون المنشئ ، لأن كل ملك يثبت على شيء مملوك قبلا انما يكون من قيل تبدل المالك ، وهذا هو معنى نقل الملكية •

ثم ان المالك السابق اما أن تنتقل عنه ملكية العين والمنفعة معا فنثبت لغيره ملكية تامة كما في البيع والهبة ونحوهما من الاسباب التي توجب ملكا تاما ؛ واما أن تنتقل عنه ملكية المنفعة وحدها أو الرقبة وحدها ، فنثبت لغيره ملكية ناقصة بأحد أسبابها المشروعة التي تقدم بيانها في تقسيم الملك •

ويستتج من ذلك أن الملكية التامة تتعلق بها الاسباب المنشئة والناقلة ، فتشأ أولا بالاحراز أو التولد من المملوك ، ثم تنتقل بالمقود أو الخلفية •

أما الملكية الناقصة فلا يتعلق بها من أسباب التملك الا السبب الناقل عن مالك سابق ، لأن ملكية منافع الشيء وحدها أو رقبته وحدها تكون مسبقة دائما بملكية تامة فيه •

١٢٩ - الخاصة الثالثة :

إن ملكية العين لا تقبل التوقيت ، اما ملكية المنفعة فالاصل فيها التوقيت :

فملكية العين متى ثبتت بأحد أسبابها تثبت مؤبدة ، وانما ينصور أن يطرأ عليها بعد ذلك انتقال بسبب جديد ناقل . فإن لم يطرأ عليها ناقل من عقد جديد أو خليفة لا تنتهي الملكية التي سبق ثبوتها .

وعلى ذلك أثبت الرسول صلى الله عليه وسلم في العمرى^(١) الملك الدائم بقوله :

« من أ عمر عمرى فهي للمعمر له ، ولو دثته من بعده » .

وقد فرع الفقهاء على هذا المبدأ أن من شرائط صحة البيع عدم التوقيت ، فإذا وقت فسد (ر : رد المحتار ٦/٤) .

« أما ملكية المنافع دون الاعيان فالاصل فيها التوقيت ، كما في الاعارة ، والاجارة ، والوصية بمنفعة شيء لشخص مدة محدودة . فمتى انقضت تلك المدة المحدودة انقطع حق الانتفاع .

وهذا التوقيت في تملك المنفعة اذا كان في عقد ملووضة كالاجارة والصلح كان ملزما للمملك ليس له أن يرجع عنه ، لانه بمثابة بيع للمنفعة مدة معينة ، فقد صرح الفقهاء ان الاجارة هي في الحقيقة نوع من البيع من حيث انها بيع المنافع ، في مقابل بيع الاعيان ، كما تقدم (ر : ف/١١/ ثانيا ، ورد المحتار ٢٩٢/٥) .

وأما اذا كان التوقيت للملك المنفعة واقعا في عقد التبرع وهو الاعارة

(١) العمرى (بضم العين والالف المقصورة وزان « صغرى » :) هي أن يهب انسان آخر شيئا مدى عمره ، أي على انه اذا مات الموهوب له عاد الشيء الى الواهب .

ويكون ذلك بقوله امرتك ، أو أعطيتك عمرى ، ونحو ذلك من المبارات .

فانه ليس بملزم للمملك ، بل يكون للمعير أن يرجع عن الوقت الذي حدده للمستعير الى وقت أقصر منه ، كما يجوز له أن يرجع عن أصل الاعارة ، ويسترد العارية متى شاء^(١) .

١٢٢ - غير أن فقهاءنا لم يهتموا النظر الى ما يمكن أن يسببه هذا الرجوع عن توفيت العارية من ضرر للمستعير ، كما لو كانت العارية أرضا أعادها صاحبها الى غيره للزراع أو الفرس أو البناء مدة معينة ، فزرع فيها المستعير أو غرس أو بنى ، ثم رجع المعير وطلب استرداد الأرض قبل انقضاء المدة المضروبة .

فقد قرر الفقهاء في ذلك تفصيلا :

أ - ففي صورة الزرع لا يحق للمعير استرداد الأرض قبل استحصاء الزرع ، لأن للزرع أمدا موسميا ينتهي فيه .

ولا فرق في صورة اعارة الأرض لاجل الزرع بين أن تكون هذه

(١) يلحظ هنا أن الوصية بالمنفعة ، وإن كانت تبرعا ، لا يحق فيها لورثة الموصي بعد موته أن يرجعوا عن المدة التي حددها مورثهم لانتفاع الموصى له ، لأن حق الرجوع إنما كان لمورثهم المالك الموصي ، وقد مات ، فأصبحت الوصية بهذا العارض مبرمة لازمة في أصل المنفعة الموصى بها وفي وقتها المحدد لها ، وإن كانت تبرعا ، لأن الورثة إنما ينتقل اليهم في هذه الحال ملك الرقبة فقط مدة انتفاع الموصى له ، كما تقدم ، والا لما استقرت وصية أبدا لو أعطي ورثة الموصي حق الرجوع .

ولهذا يصرح الفقهاء بأن انتفاع الموصى له بالمنفعة بعد الموصي إنما يعتبر شرعا على حساب ملك الموصي لا على حساب وراثته ، فيعتبر المال الموصى بمنفعته محبوبا على ملك المورث المتوفى في حق المنفعة الموصى بها . وهذا معنى كون الورثة إنما يملكون في هذه الحال رقبة المال فقط ، فلا يرثون المنفعة أيضا الا بعد انقضاء مدة انتفاع الموصى له أو موته كما تقدم (ف / ٩٩ ؛ والدر المختار ورد المختار ٥ / ٤٤٢) .

الاعارة موقته أو مطلقة ، بل يبقى الزرع الى أن يستحصد على الارض
بأجر مثلها عن المدة التي بين تاريخ الرجوع والاستحصاء . وفي ذلك
حفظ حق المير ومنع الضرر عن المستعير .

ب - وفي صورتني الفرس والبناء يحق للمير أن يرجع في الارض
المعارة للفرس والبناء مطلقا في أي وقت شاء ، سواء أكانت الاعارة مطلقة
أو موقوتة . وعندئذ يكلف المستعير قلع الفراس أو البناء ، وتسليم الارض
الى المير خالية عنه .

وذلك لان الفرس أو البناء ليس لهما أمد يتهيان اليه كأمد الحصاد
للزرع .

ولكنها اذا كانت موقوتة فرجع المير قبل الاجل الذي ضربه للمستعير
الفراس أو الباني ، فان المير يكون قد غرر بالمستعير تضريرا أضر به ،
فيحق للمستعير تضمين المير مقدار تفاوت قيمة البناء أو الفراس بين وقت
القلع وانهاء المدة التي كانت مضروبة للاعارة .

فلو كان البناء أو الشجر المقلوع ، قيمته حين الرجوع والقلع اثني
عشر دينارا ، وقيمه في ذلك الحين على أسس بقائه الى انتهاء الاجل
المضروب للاعارة عشرون دينارا ، يضمن المير للمستعير ثمانية دنانير
(ر : المجلة / ٨٣١ - ٨٣٢ والدر المختار ٤ / ٥٥٥) .

١٢٣ - الخاصة الرابعة :

ان ملكية الاعيان لا تقبل الاسقاط ، وانما تقبل النقل

فلو أسقط أحد ملكيته عن شيء مملوك له لا تسقط ويبقى
ملكاً له .

وعلى هذا الأساس منع الاسلام السائبة ، وهي الشيء يخرج عن ملك ماله لا الى مالك جديد . وقد كانت العرب قبل الاسلام تعتاد التسبيب في الابل في حالات خاصة ، فأبطله القرآن بالنص الصريح . حتى لو صيد الحيوان ثم أطلق يبقى على ملك صاحبه الاول . فلو وقع في يد شخص آخر وعرف فللأول استرداده منه .

وقد بنى الفقهاء على ذلك عدم صحة الإبراء عن الأعيان ، لما في الإبراء من معنى الإسقاط مشوباً بمضى التملك . فلو كان لأحد عند آخر شيء منسوب أو مودع فأبرأه عنه لا يصح الإبراء ، ويبقى الشيء لصاحبه .

أما لو تلف المنسوب في يد الناصب حتى وجب عليه ضمان قيمته ، فأبرأه المالك عنها يصح إبرأؤه ، لانتقال الحق الى الذمة ، والحقوقي في الذمم تقبل الإسقاط .

١٢٤ - استثناء الوقف :

ويستثنى من عدم قابلية ملكية المين للإسقاط الوقف ، على رأي من يرى الوقف إسقاطاً للملكية الواقف لا تبرعاً ؛ فقد خرجت بين عين الموقوف عن ملكية الواقف لا الى مالك جديد .

لكن هذا لا يعد من السائبة ، لأن فيه الى جانب إسقاط الملكية تبرعاً دائماً لجهة خيرية يتوقف على خروج المين الموقوفة عن ملكية الأفراد . ولذا يعرف الفقهاء الوقف بأنه :

« حبس العين على حكم ملك الله تعالى ، والتصدق بالثمن »

والاوجه أن يعتبر في الوقف انتقال ملكية المين الموقوفة الى الجهة

الخيرية الموقوف عليها^(١) ، باعتبار أن تلك الجهة شخصية حكومية . ولذلك يجوز أن يستبدل بمقام الوقف غيره إذا دعت الحاجة والمصلحة الى الاستبدال به . فهذا التصرف بالعين استبدالاً هو من آثار ملكية الجهة الموقوف عليها المستبدل لحسابها .

١٢٥ - الخاصة الخامسة :

ان الملكية الشائعة في الاعيان المادية هي ، في الاصل ، كالملكية المتميزة المعينة في قابلية التصرف ، الا لانع .

فيصبح بيع الحصة الشائعة من شيء ، والصلح عنها ، ووقفها ، والوصية بها ، سواء أكان البائع أو الماقد مالكا لتلك الحصة المقود عليها فقط ، أو مالكا للشيء كاملاً ، لان التصرف في بعض الشيء المملوك جائز كالتصرف فيه كله .

غير أنه يستثنى من ذلك ثلاثة عقود اعتبر الفقهاء في طبيعتها وشرائطها ما يمنع اجراءها على الحصة الشائعة ، اما منها مطلقاً ، أو في حال دون حال .

وهذه العقود المستثناة هي : الرهن ، والهبة ، والاجارة .

١٢٦ - وهذا المتع بالنسبة الى الرهن وجبه فان الرهن يتنافى

(١) الوقف لا يصح الا أن يكون فيه جهة دائمة موقوف عليها حالا أو مالا ، وذلك بأن يكون إما موقوفا ابتداء على الجهة الخيرية كالوقف على الفقراء مثلاً أو على مسجد أو مدرسة أو نحو ذلك من وجوه الخير ، وهذا ما يسمى « الوقف الخيري » ؛ وإما موقفها أولاً على أشخاص معينين أو على الذرية ما داموا وتماقبروا ، ثم من بعد انقراضهم فعلى جهة خيرية دائمة ، وهذا ما يسمى : « وقفاً ذرياً ، أو اهلياً » .

مع شيوع المرهون في نظر الفقهاء ؛ لأنه - بحسب غايته وهي توثيق استيفاء الدين - بشرط فيه قبض المرهون ، ثم يقتضي ذلك استمرار حبسه في يد المرتهن . وهذا مانع من صحة الرهن في الجزء الشائع ، اذ لو رهن الانسان حصه شائعة ، كربع فرس أو نصف دار : فاذا احتبس المرتهن المال كله دائما كان متجاوزا على حق الشريك غير الراهن لحبس حصته من المال عنه بسبب الشيوع ؛ واذا تناوب المرتهن مع مالك الحصه غير المرهونة في الحبس والاستعمال ، بحيث يحتبسه بحكم الرهن مدة ، ويسلمه اليه مدة للاستعمال ، فانه يفوت عندئذ استمرار احتباس المرهون ، فيفقد الرهن قوته التوثيقية ويعدم غايته .

وهذا المعنى يقتضي أن يصح الرهن العقاري اليوم على الحصه الشائعة من العقار في البلاد التي أسست فيها سجلات ونظم عقارية توجب تسجيل كل عقد عقاري في تلك السجلات . وهذا ما قد قرره القانون المدني لدينا اذ نصت المادة / ١٠٥٨ / منه على أن « كل عقار جاز بيمه جاز وهنه » . ولم تستثن الحصه في العقار من هذا الجواز^(١) .

وذلك لان نظام السجل العقاري أغنى عن قبض العقار المرهون بمجرد وضع اشارة الرهن عليه في صحيفته من السجل العقاري لمنع الراهن من التصرف فيه ببيع ونحوه مع بقاء العقار المرهون في يد مالكة الراهن ، كما في سورية^(٢) .

(١) بينما كان قانون الملكية العقارية السابق لدينا ذو الرقم / ٣٣٣٩ / يستثنى الحصه الشائعة ، فينص صراحة في المادتين / ٢٣ و ١٠٤ / على عدم جواز رهنها .

(٢) وقد استقر أخيرا رأي محكمة التمييز السورية (محكمة النقض) واجتهادها على أن تسجيل العقد العقاري في السجل العقاري يعتبر تسليما قانونيا يقوم مقام التسليم الفعلي في نتائجه .

هذا ما يتعلق برهن الحصة الشائعة في نظر علماء الشريعة وفي القانون المدني^(١) .

(١) أما الشيوع في محل عقد الهبة والاجارة فلفقهاء الحنفية فيه تفصيل نلخصه فيما يلي :

أ - في الهبة :

إذا وردت الهبة على حصة شائعة من مال قابل للقسمة ، كهبة نصف دار كبيرة تحتل أن تقسم إلى دارين ، وهبة ربع قطيع من الغنم أو نصف صبرة من القمح ، ونحو ذلك مما لا تضره القسمة ، فإن الهبة لا تصح في هذه الحصص الشائعة لأنه يشترط لتمام عقد التبرع التسليم والقبض ، وإن كمال القبض يكون بشييز المقبوض من غيره . والحصة الشائعة لا يمكن فيها إلا التسليم انضمامي تبعاً لتسليم جميع المال التي هي جزء شائع فيه . فتسليمها على هذا الوجه يكون ناقصاً غير كامل . وما دام المال قابلاً لأن يقسم وتسلم منه الحصة الموهوبة متميزة تسليماً كاملاً لا يكتفي بالتسليم الناقص .

أما إذا وردت الهبة على حصة شائعة من مال غير قابل للقسمة ، وهو ما تضره القسمة كاللؤلؤة ، والعقد من الحلي ، والكتاب الواحد ، والفرس ، والحمام ، والدار الصغيرة التي لا تحتل أن تقسم منها الحصة الموهوبة ويبقى كل قسم داراً صالحة للسكن ، ففي كل ذلك وأمثاله تصح هبة الحصة الشائعة ، لأنه عندما لا يمكن القبض الكامل في الهبة يكتفي بالقبض الناقص ، فيتسلم الموهوب له الحصة الموهوبة في ضمن تسلمه للكل ، ويصبح شريكاً في ملكية العين مع صاحب الحصة الأخرى .

ب - في الاجارة :

وأما الاجارة فقد منمها فقهاء الحنفية في الحصة الشائعة إذا كان الشيوع مقارناً لعقداء ، كما لو أجر أحد نصفاً فقط من عقار ، أو من دابة ، أو من قوب ، أو نحو ذلك .

فلو لم يكن الشيوع مقارناً لعقداء بل طرأ طروراً ، كما لو أجر أحد الشريكين جميع العقار المشترك أصالة عن نفسه وفضولاً عن شريكه ، فرفض الشريك العقد ولم يجره في حصته ، فإن الاجارة تبقى صحيحة

←

١٢٨ - الخاصة السادسة :

ان الملكية الشائعة في الديون المشتركة ، وهي متعلقة بالدم ، لا تقبل القسمة .

أ - فإذا قبضت تلك الديون المشتركة تطلعت الملكية عندئذ بمين المقبوض ، فأصبحت ملكية عين لا دين ؟ فيقسم المقبوض بين أصحاب الحصص الشائعة فيه كما تقسم سائر الاعيان المشتركة القابلة للقسمة .

وعلى هذا لو استوفى أحد شركاء الدين المشترك ما يعادل حصته من الدين لا يختص هو بالمقبوض ، بل يكون لشركائه في الدين أن يقاسموه ما قبض ، فيأخذ كل منهم حصته منه ؛ اذ لو ساغ أن يستقل الواحد منهم بقبض حصته لوجب أن يعتبر الدين قد اقتسم وهو في الذمة ، وتميزت فيه حصص الدائنين ، فلا يكون عندئذ مشتركا ، بينما هو مشترك .

في حصة الشريك العاقد ؛ اذ من المقرر أنه « يفتقر في البقاء مالا يفتقر في الابتداء » .

هذا ما يقرره فقهاء الحنفية في هذا الشأن .

لكن لا يخفى على المتأمل أن هذه الاستثنائات الفقهية المأمنة من صحة التصرف في الحصة الشائعة بالرهن والهبة والاجارة ليست وجيهة متينة العلة في غير الرهن .

فان الهبة والاجارة لا يظهر مانع من صحتهما في المشاع وحلول الموهوب له أو المستأجر محل الواهب أو المؤجر في ملك الحصة الشائعة أو منفعتها ، بدليل أن فقهاءنا أنفسهم قد تسامحوا بذلك فيما لا يحتمل القسمة بالنسبة الى الهبة ، وفي النشيوخ الطاريء بالنسبة الى الاجارة .

على أن الاحكام القانونية النافذة لدينا اليوم تقتضي صحة هبة الحصة الشائعة واجارتها في المقار وفي المنقول مطلقا بلا تلصيل ؛ كما أن قوانين الايجار المتعاقبة لدينا تسوغ اجارة الحصة الشائعة من المقار .

حتى لو ابتاع أحد الدائنين في الدين المشترك شيئاً من المدين بحصته من الدين فحطها ثمناً للمبيع ، يعتبر كما لو قبض من المدين المشترك ذلك القدر الذي اعتبر ثمناً . فالشريك الآخر في الدين عندئذ مخير : فإن شاء استوفى من رفيقه حصته من جزء الدين الذي اعتبر ثمناً للمبيع ؛ وإن شاء ترك المبيع لرفيقه المشتري ، ويلاحق المدين بحصته وهي الباقي من أصل الدين .

ولو تعذر عليه تحصيل باقي الدين من المدين بأفلاس ونحوه يبقى له حق الرجوع على رفيقه بحصته من ثمن المبيع . ولا يكون عدم إجازته قبلاً بمائن له من هذا الرجوع .

وليس له أن يختار مشاركة رفيقه في عين المبيع الذي اشتراه إلا برضاه ، بخلاف ما لو قبض رفيقه جانباً من نفس الدين وجنسه فإن للآخر أن يشاركه في المقبوض (ر : المجلة / ١٠٣ / وما بعدها)^(١) .

(١) في هذا الموضوع يفترق حكم الشراء عن الصلح ، وإن كان من المقرر فقهاً أن الصلح عن مال بمال يعتبر بمثابة البيع والشراء .

فلو صلح أحد الشريكين المدين عن حصته من الدين المشترك على شيء من غير جنس الدين وقبضه منه صلحاً لا شراءً فإن الخيار له عندئذ في أن يشرك ماله رفيقه في عين الشيء المصالح عليه أو أن يدفع إليه حصته من مبلغ الدين المصالح عنه ، إلا أن يشاء رفيقه ترك الشيء لشريكه المصالح وملاحقة المدين بحصته من الدين .

وذلك لأن الصلح مبني على التسامح والحط من أصل الحق ، بخلاف البيع فإنه مبني على الماكسة والتعادل .

فإنعين المصالح عليها تكون في العادة قيمة من الحق المصالح عنه ، فلو أزم الشريك المصالح بأن يدفع إلى رفيقه حصته من مبلغ الدين المصالح عنه لتضرر الشريك المصالح ر : المجلة / ١١٥ - ١١٦ / وشروحها للاستاذ الباز وغيره) .

ب - أما الديون غير المشتركة فإن كل دين منها يكون مسد تعلقه بالدعة مميزاتا مستقلا عن غيره ، فكل دائن يستقل بما يقبضه من المدين عن دينه ولا علاقة لغيره من الدائنين به إلا إذا حكم بأفلاس المدين أو مات مفلسا فإن أمواله تقسم بين غرمائه بنسبة ديونهم ، فيأخذ كل منهم نصف دينه مثلا أو ربحه أو أقل أو أكثر على حسب المال الموجود . وليس لاحد أن يأخذ أكثر من غيره نسبة ؟ وهذا ما يسمى عندئذ : **قسمة الغرماء** .

وقد بينا في الفقرة /١١٥/ متى يعتبر مشتركا ومتى يعتبر مستقلا غير مشترك ، فليُنظر هناك .



وهذا كما ترى من الفروق التي تتجلى فيها دقائق الانظار الفقهية في رعاية العرف والمبادئ النظرية معا ، ثم وزن فروع الاحكام على أساس ذلك بقسطاس العدل والانصاف وفكرة التوازن التي تتراعى في سائر مباني الفقه الاسلامي .

الفصل الرابع

الفرق بين التملك والإباحة

وبين ملك المنفعة وحق الانتفاع

أ - الفرق بين التملك والإباحة

١٢٩ - يفرق الفقهاء بين حكم التملك والإباحة :

فالإباحة هي الأذن باستهلاك الشيء أو باستعماله ، وهي لا تجعله مملوكا ، بل هي دون التملك .

فلو أباح إنسان لآخر أن يأكل من طعامه أو من ثمرة بستانه لا يملك المباح له شيئا من الطعام أو الثمرة ، ولا يحق له أن يبيع ولا أن يسحق لغيره ، وإنما يحق له أن يأكل فقط ، إذ لا يملك التملك أو الإباحة إلا المالك ، والمباح له ليس بمالك .

وكذلك لو أباح إنسان لآخر استعمال ما يشاء من أدواته أو ملابسه ، فللمباح له أن يستعمل دون أن يعير أو يسحق لغيره .

وبهذا يعلم أن مجرد الإباحة من مالك لغيره ليست بهبة ولا إعارة ، وإنما هي ترخيص واذن (ر : المجلة / ١٣٩) .

غير أنه إذا قامت الدلائل على أن المراد بها الهبة أو الإعارة ، فنحن نثبت

تعتقد سببا لتمليك النعم أو المنفعة ؛ كمن استهدى من آخر شيئا ، أو طلب اعارته فأجابه بقوله ، أبحت لك فضذه ، فإن الإباحة قد عبر بها عندئذ عن معنى الهبة أو الاعارة مجازا ؛ ومن القواعد المقررة أن « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للألفاظ والمباني » •

ويتضح من ذلك مع ما سبق بيانه في احراز المباحات من أسباب الملكية أن للفظ « المباح » معنيين في الاصطلاح الفقهي :

١ - فبالمنى الاول يطلق المباح على كل ما لم يدخل في ملك خاص ولا مانع من تملكه شرعا ، كحيوان الصيد ، وحطب البوادي ، وتلك هي : **المباحات العامة** • ومصدر إباحتها الشرع الذي سوغ للناس عامة أن يمتلكوها بالاحراز المستوفي لشرائطه الشرعية ، كما تقدم • ومتى امتلكوها ساغ لهم أن يتصرفوا فيها تصرف المالك بكل وجه •

٢ - وبالمعنى الثاني يطلق المباح على الشيء المملوك ملكا خاصا إذا أباحه مالكه لشخص أن يستهلكه أو يستعمله ، وذلك هو **المباح الخاص** الذي مصدر إباحته مالكه • وإباحته بهذا المعنى لا تعني تملكه كما أوضحناه آنفا •

ب - الفرق بين ملك المنفعة ، وحق الانتفاع

• ١٣ - وهذا التفريق بين التملك والإباحة يؤدي الى فرق آخر يذكره الفقهاء بين ملك المنفعة ، وحق الانتفاع ، •

ان علماء القانون لا يفرقون بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ، فهما

في اصطلاحهم بمعنى واحد •

ولكن فقهاء المذاهب في الشريعة الاسلامية يفرقون بينهما ، وتعدل
نصوصهم على أن بينهما فروقا من ثلاث نواح : (١) من حيث المعنى
وحده (٢) ومن حيث المنشأ (٣) ومن حيث الأثر :

١ - فمن حيث المعنى : يفترق ملك المنفعة عن حق الانتفاع بأن
ملك المنفعة فيه ذلك الاختصاص الحاجز الذي يبناه في تعريف الملك ؟
كحق المستأجر في منافع المأجور ، وحق الموقوف عليه في منافع الوفاء ،
ففي كل ذلك معنى الملكية وقوتها •

أما حق الانتفاع المحرد فهو من قبيل الرخصة بالانتفاع الشخصي
دون الامتلاك ؟ كحق الجلوس في الأسواق والمساجد ، واستعمال الطرق
والأنهار فيما لا يضر العامة ، والمبيت في المضافات ، ودخول الأماكن
التي يأذن أصحابها بدخولها ، وبتناول ما يسمحون بتأوله منها ،
ونحو ذلك •

فملك المنفعة أقوى وأخص لأن فيه حق انتفاع وزيادة •

ب - ومن حيث المنشأ : يفترقان بأن ملك المنفعة انما ينشأ عن
عقد ملك •

فهنا الملك يكون بأحد عقود أربعة ، هي : الاجارة ،
والاعارة والوصية بالمنفعة ، والوقف ، كما تقدم في تقسيم الملك
(ر : ف / ١١٢) •

أما حق الانتفاع المجرد فهو أعم سببا ، اذ يثبت ضمن ملك المنفعة
بهذه العقود المملكة ، ويثبت أيضا بسببين آخرين لا يوجبان
الملك ، وهما :

١ - كون الأشياء المسفع بها مخصصة لانتفاع الناس كافة أو لعريق منهم دون أن يملكها أحدهم خاصة ، كالأنهر والطرق غير المملوكة ، والمصححات المخصصة للمرضى ، والمدارس المخصصة لطلاب العلم .

فما يتعلق بهذه الأشياء من الحقوق إنما هو من قبيل حق الانتفاع لا ملك المنفعة .

٢ - إباحة المنفعة من مالك خاص ، وقد سلف بيانها ، بأنها تعطى رخصة وإذا ولا توجب ملكا .

وقد قدما أننا أن الإباحة قد ترد على استهلاك عين كإباحة الطعام والشراب ، وقد ترد على استعمالها والانتفاع بها فقط (ر : ف / ١٢٩) .

فالمسورة الثانية التي تباح فيها منافع الشيء لا عينه هي التي ينشأ عنها مجرد حق انتفاع .

ج - ومن حيث الآخر : يفترقان أيضا بأن ملك المنفعة يسوغ لصاحبه أن يتصرف في المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم ضمن حدود العقد الذي ملكه إياها ؛ فيحق له تملك المنفعة التي استفاد ملكيتها .

وعلى هذا قرر فقهاؤنا أن للمستأجر أن يؤجر المأجور من غيره وأن يعيره ، وكذا للمستعير أن يعير غيره شرعا^(١) إلا إذا كان الشيء

(١) هذا الحكم معدل بقوانين الإيجار لدينا بالنسبة الى العقار فان قوانين إيجار العقار المتتالية كلها تمنع المستأجر من أن يؤجر لغيره إلا باذن من المؤجر وفي ذلك مصلحة ظاهرة .

مما يتأثر باختلاف المستعملين كالدواب والثياب فلا يجوز فيها ذلك •
ولكن ليس للمستعير أن يؤجر العارية مطلقا ؛ وذلك لان الاعارة
عقد غير لازم فللمعير أن يرجع عنه ويسترد العارية متى شاء • أما الاجارة
فمعد لازم ؛ فلو جاز للمستعير أن يؤجر العارية لامتنع على المعير الرجوع ،
وهو حق مشروع له •

(ر : المجلة / ٥٨٦ و ٥٨٧ و ٨١٩ و ٨٢٣) •

أما صاحب حق الانتفاع فليس له الا أن ينتفع بنفسه دون أن يؤجر
أو يعير أو يبيع لغيره^(١) •

والقرافي المالكي في كتابه « الفروق » قد سمي هذا الحق :
« تملك الانتفاع » وفرق بينه وبين « تملك المنفعة » بأن تملك الانتفاع
يقتصر على الاذن للشخص في أن ينتفع بنفسه فقط ، فليس له تملك غيره
كما أوضحناه •

وعلى هذا يعتبرون وقف العقار لاجل سكنى الموقوف عليهم من
قبيل تملك الانتفاع فقط ، فيسكنون بأنفسهم ولا يحق لهم أن يؤجروه
ويستقلوه •

أما وقفه للاستغلال والسكنى جميعا فإنه من قبل تملك المنفعة
لا مجرد الانتفاع •

(١) ر : كتاب « الفروق » للقرافي المالكي ، في الفقرة / ٣٠ / ، وكتاب
« الملكية ونظرية العقد » للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، ف / ٢٢-٢٣ / ،
وكتاب « الحق والذمة » للاستاذ الشيخ محمد علي الخفيف ، الطبعة
الاولى ص / ٧٥ / •

الْبَيْتُ الثَّانِي

نظرية العقود

في الفقه الاسلامي

الفصل الأول

معلومات تمهيدية عامة

الفرع الأول

معلومات عن العقد

العقد والتصرف - انواع التعريف - تعريف العقد -
تحليل التعريف الفقهي وايضاحه - موازنة بين التعريفين
الفقهي والقانوني - لمحة تاريخية عن العقد .

١٣١ - العقد ضرب من تصرفات الانسان .

والتصرف بالمعنى الفقهي هو كل ما يصدر عن شخص بارادته ،
ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية .

وهو نوعان : **فعلي وقولي** :

- فالتصرف **الفعلي** هو ما كان قوامه عملا غير لائي ؛ كاحراز
المباحات ، والنصب ، والاتلاف ، واستلام الميـسح ، وقبض الدين ،
وما أشبه ذلك •

- والتصرف **القولي** نوعان : **عقدي** ، و**غير عقدي** •

فالتصرف **القولي العقدي** ، هو الذي يتكون من قولين من جانبين
يرتبطان ، أي ما يكون فيه اتفاق ارادتين كما سيأتي بيانه ، وذلك كالبيع ،
والشراء ، والاجارة ، والشركة ، وما أشبهها •

وأما التصرف **القولي غير العقدي** فتحتـه نوعان :

١ - نوع يتضمن ارادة انشائية وعزيمة مبرمة من صاحبه على انشاء
حق أو ائـتهائه أو اسقاطه ، كالوقف والطلاق والاعتاق والابراء والتنازل
عن حق الشفعة •

وهذا النوع قد يسمى « **عقلا** » أيضا في اصطلاح فريق من فقهاء
المذاهب لما فيه من العزيمة المنشئة أو المسقطـة للحقوق ، فهي في نظرهم
عقود وجيدة الطرف كالقـسود ذات الطرفين من حيث وجود الارادة
المنشئة^(١) •

٢ - ونوع لا يتضمن ارادة منصبة على انشاء الحقوق أو اسقاطها

(١) ان اصطلاح فقهاء الحنفية جار على تخصيص العقد بما كان فيه
ارتباط جانبين كما يشعر به تعريف العقد الآتي بيانه قريبا •

على أنهم قد يسمون « **الوقف** » عقلا في كثير من عباراتهم على سبيل
التوسيع في الاستعمال •

لكنه أقوال من أصناف أخرى ترتب عليها نتائج حقوقية • وذلك كالدعوى فانها طلب حق أمام القضاء ، وكالاقرار والانكار والحلف على نفي دعوى الخصم ، فانها أخبار ترتب عليه مؤاخذات وأحكام قضائية مدنية •

وهذا النوع تصرف قولي محض ليس فيه أي شبه عقدي^(١) •

(١) يقول الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة :

« إن للفقه في معنى العقد نظرين : »

١ - فمنهم من يخص العقد بما يتكون من ارتباط كلامين من جانبين، كالبيع والاجارة ، والشركة الخ ...

٢ - ومنهم من يتوسع في معناه فيطلقه على كل ما يعقد الشخص العزم عليه ولو كان ينعقد بكلام طرف واحد - أي بالإرادة المنفردة - ، كالطلاق والاعتاق والإبراء •

ثم يقول : « إن العقد » بهذا الاعتبار الثاني ، أي بالمعنى الواسع - يكون مرادفا للفظ « التصرف » لأن التصرف أشرعى هو كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ، ويرتب عليه الشارح أثرا شرعيا في المستقبل • اه •

(ر : الملكية ونظرية العقد ، ف/ ١٠١ - ١٠٢) •

هذا ما يراه الاستاذ أبو زهرة حفظه الله ، ولكننا نرى أن التصرف أعم من العقد مطلقا حتى بمعناه الواسع الشامل لمقود الإرادة المنفردة : وذلك :

١ - لأن التصرف لا يختص بالأقوال ، بل يشمل الأفعال ، وينقسم إلى قولي وفعلي • والفقه في باب مرور الزمان وغيره يطلقون التصرف على ما يشمل عمل الإنسان في ملكه سواء أكان بمقد يجره عليه أو بالانتفاع المباشر فيه استعمالا وهنما وبناء الخ ... (ر : المجلة / ١٦٦٠ - ١٦٦١ / وتنقيح الفتاوى الحامدية ج ٢ ص/ ٣ - ٤) •

٢ - ولأن التصرف القولي نفسه يشمل أقوالا لا تدخل في مفهوم العقد ولو بمعناه الواسع ، كالنكاح ، والاقراء ، فكل ذلك تصرفات قولية تترتب عليها أحكام ، وهي لا تعد عقودا بوجه من الوجوه ، كما أوضحناه • فالمناسب ما بيناه من أن « التصرف » أعم من « العقد » عموما مطلقا •

هذا ، وإن العبرة في تمييز التصرف القولي عن الفعلي إنما هي لطبيعة التصرف وصورته لا لبناء الذي بني عليه . فلذا كان دفع الثمن وتسلم البيع تصرفاً فعلياً ولو أنه مبني على عقد البيع .
وهكذا سائر صور التنفيذ الفعلي للمقود .

فما تقدم يتضح أن « التصرف » أعم من « المقد » مطلقاً ، لأن المقد من بعض أنواع التصرف ، إذ هو تصرف قولي مخصوص .
ومن المقرر في القواعد المنطقية أن الخاص يستلزم دائماً معنى الأعم ، ولا عكس . فكل عقد هو تصرف ، وليس كل تصرف عقداً .
وهذا ما يسمونه : « العموم والخصوص المطلق » بين الشئيين في علاقة أحدهما بالآخر ونسبته إليه .

١٣٢ - تعريف المقد :

المقد في أصل اللغة : الربط ، وهو جمع طرفي جبلين ونحوهما ،
وشد أحدهما بالآخر ، حتى يتصلا فيصبا كقطعة واحدة . والمقدة هي الموصل الذي يمسكهما ويوثقهما .

ومنه انتقلوا إلى إطلاق « المقد » على التمين ، والمهد ، وعلى الاتفاق في المبادلات ، كالبيع ونحوه (ر : المصباح الثير) .

والمقد في اصطلاح الفقهاء الشرعيين كما عرفته المجلة (م / ١٠٣ - ١٠٤) هو :

ارتباط ايحاب بقبول على وجه مشروع
يثبت اثره في محله .

وفي عرف الحقوقيين بالامصلاح القانوني كما سبق بيانه
(ف/ ١٠٤) هو :

اتفاق ارادتين على انشاء حق ، او على نقله ،
او على انهاءه .

(ر : نظرية العقد للاستاذ السنهوري / ف/ ٧٧ - ٨٠) .

والمنصود بالترفيين الفقهي والقانوني مقارب ، غير أن التعريف
الاول الفقهي أحكم منطقاً وأدق تصوراً ، والثاني القانوني أوضح
تصويراً وتعبراً .

وقد تقدم ايضاح التعريف القانوني فيما سبق (ف/ ١٠٤) .
أما التعريف الفقهي فإليك ايضاحه فيما يلي :

١٣٣ - تحليل التعريف الفقهي وايضاحه :

ان العقد هو من قبيل الارتباط الاعتباري في نظر التشريع بين
شخصين نتيجة لاتفاق ارادتهما . وهاتان الارادتان خفيتان . فطريق
اظهارهما التعبير عنهما ، وهو في العادة بيان يدل عليهما بصورة متقابلة من
الطرفين المتعاقدين . ويسمى هذا التعبير المتقابل : **ايجاباً وقبولاً** .

فالايجاب هو أول بيان يصدر من أحد المتعاقدين ، معبراً عن جزم
ارادته في انشاء العقد ، أيأ كان هو البادئ منهما .

وأما القبول فهو ما يصدر من الطرف الآخر بعد الايجاب ، معبراً
عن موافقته عليه .

فالبادئ ببارئته في بناء العقد دائماً هو **الموجب** ؛ والآخر هو

القابل سواء أكان البادئ. مثلا في عقد البيع هو البائع بقوله : بعت ، أو هو المشتري بقوله : اشتريت ، أو كن البادئ في نحو الاجارة هو المؤجر بقوله : آجرت ، أو المستأجر بقوله : استأجرت . وهكذا في سائر العقود . . . أول تعبير فيها عن الارادة التقديرية من أحد الطرفين هو الايجاب ، وتأتيها من الطرف الآخر هو القبول (ر : المجلة / ١٦٩) .

فمتى حصل الايجاب والقبول بشراطينهما الشرعية اعتبر بينهما ارتباط هو في الحقيقة ارتباط بين الشخصين بموضوع العقد . (وموضوع العقد هو الاثر المقصود منه الذي شرع العقد لاجله) ، أي حكمه الشرعي . فيصبح كسل منهما ملزما بالحقوق التي التزمها بمقتضى عقده تجاه الطرف الآخر .

فالايجاب والقبول في عقد البيع ، وهما لفظا : « بعت واشتريت » أو ما بمعناها ، إذا صدر كل منهما من عاقد ذي أهلية شرعية لعقد البيع يرتبطان في نظر المشرع ارتباطا يشبث له أثر في محل العقد وهو الاموال التي يقصد المتعاقدان تبادل الحقوق فيها ، وذلك الاثر هو انتقال ملكية المال المبيع الى المشتري ، واستحقاق البائع الثمن .

وعقد الرهن يشبث به أثر كنتيجة لارتباط ايجابه بقبوله هو حق للمائن المرتهن في احتباس المال المرهون حتى وفاء الدين ، كما يشبث عليه التزام بحفظه وصيافته مثلما يصون أمواله ، حتى يفك الرهن أو يباع المرهون لوفاء الدين .

فالل المرهون هو محل العقد ، وحق الاحتباس موضوع العقد ، وهو الغاية النوعية التي تميزه عن غيره من أنواع العقود . ثم بعد الانقضاء تنبث هذه الغاية فتكون حكما شرعيا للعقد الواقع ، أي أثرا

أصليا يرتبه الشرع ويثبت على ذلك المال المرهون كنتيجة لمقد الرهن .
وهكذا يقال في كل عقد^(١) .

١٣٤ - موازنة بين التعريفين الفقهي والقانوني :

فالمقد في نظر فقهاءنا ليس هو اتفاق الإرادتين نفسه ، بل الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلًا بهذا الاتفاق ، إذ قد يحصل الاتفاق بين الإرادتين دون أن تتحقق الشروط المطلوبة شرعا للإنقاد ، فلا يعتبر إذ ذاك إنقاد رغم اتفاق الإرادتين ، وهي حالة بطلان المقد في نظر الشرع والقانون .

فالتعريف القانوني يشمل المقد الباطل الذي يعتبره التشريع لغوا من الكلام لا ارتباط فيه ولا ينتج نتيجة . ذلك لأن هذا التعريف القانوني إنما يعرف المقد بواقعه المادية ، وهي اتفاق الإرادتين . أما التعريف الفقهي فيعرفه بحسب واقعه الشرعية ، وهي الارتباط الاعتباري . وهذا هو الأصح ، لأن المقد لا قيمة فيه للوقائع المادية لولا الاعتبار الشرعي الذي عليه المولى في النظر الحقوقي .

وهذا التعريف الفقهي أيضا قد امتاز في تصوير الحقيقة المقدية ببيان الأداة المنصية المكونة للمقد . أي الأجزاء التي يتركب منها

(١) يقول صاحب النور :

« المراد بالمقد ارتباط أجزاء التصرف الشرعي . مثلا إذا قيل « تزوجت ، وتزوجت » وجد معنى شرعي هو النكاح يترتب عليه حكم شرعي هو ملك المتعة . وكذا قيل بعث واشتريت ، وجد معنى شرعي هو البيع يترتب عليه حكم شرعي هو ملك اليمين » .

(ر : النور : شرح النور ، أول كتاب النكاح ١/ ٣٢٦) .

في نظر التشريع ، وهي الايجاب والقبول ، فاتفق الارادتين في ذاته لا يعرف وجوده ، وانما الذي يكشف عنه هو الايجاب والقبول للذات يعتبران عناصر المقد الظاهرة بما فيها من اعراب عن تحرك كل من الارادتين نحو الاخرى وتلاقيهما وفاقا . فهذا التحرك والتلاقي هو المول عليه في معنى الانقياد ؛ اذ قد تكون ارادتان متفقتين على التماقد ، ولا تحرك احدهما نحو الاخرى فلا يكون عقد ، كما في حالة الوعد ببيع أو برهن أو بقرض مثلا . فالتعريف القانوني يشمل الوعد أيضا لوجود اتفاق الارادتين فيه مع أنه ليس بمقد .

فالتعريف القانوني غير مانع^(١) . فلذا قلنا ان تعريف فقهانا للمقد أدق تصورا وأحكم منطقا ، وان كلن التعريف القانوني أوضح تصورا وأسهل فهما في طريق التعليم .

١٣٥ - لمعة تاريخية عن العقد :

أصل العقد عرفه البشر من أقدم العصور . وقد يأتي بعد احراز المباحث قدما في أسباب التملك .

(١) التعريف يجب أن يكون جامعا مانعا .

ومعنى كونه جامعا أن يشمل جميع أفراد الشيء المعروف فلا يخرج عنه ما يجب أن يقتلوه .

ومعنى كونه مانعا أن تكون قيوده وحدوده مميزة للشيء المعروف عن غيره تميزا تاما ، يخرج عنه كل ما ليس من أفرادهِ .

فاذا لم يشمل التعريف بعض أفراد المعروف كان غير جامع ؛ كتعريف المدرسة مثلا بأنها : « بيت تقيمه الحكومة للتعليم » ، فانه لا يشمل غير المدارس الحكومية .

واذا كان يشمل غير أفرادهِ كان غير مانع ؛ كتعريف المدرسة بأنها « بيت العلم » ، فانه يدخل فيه دار الكتب والمطالمة .

واذا كان يخرج بعض أفرادهِ ويدخل غيرها كان غير جامع ولا مانع وكل ذلك خلل في التعاريف .

ومنشأ المقد وفكرته بين البشر هو من الماضي المجهول . فلا يعرف
بعد كيف نشأت في البشر فكرة التعاقد على الالتزامات ، وعن أي العوامل
تولدت الا على سبيل الفطن والتخمين استنتاجا من سنة الشوء والارتقاء في
الحياة الاجتماعية وادراك نظمها .

ويرى بعض العلماء الباحثين في ذلك من الاجانب أن أول ما عرف
البشر من التعامل هو التبادل الفوري . فمعد الاحتياج كان الانسان يعطي ،
ويأخذ بقدر ما يعطي . أما التعاقد على الالتزامات التي يكون الانسان
مسؤولا بتنفيذها في المستقبل فلم يكن معروفا في تلك المهود الاولى ، ثم
تولد ذلك عن طريق فكرة دية القتلى . فقد كان الاعتداء يوجب التأثر
الفعلبي بالحرب بين الاسرتين . ثم عرف أخذ الدية مكان التأثر ، وقد
لا يجدها لديه المعتدي ، فيستعمل لجمعها من أسرته أو قبيلته ، ويضع
في مقابلها رهينة الى أجل .

وعلى هذا يكون الاصل التاريخي للتعاقد الالتزامي هو الاتفاق الذي
يتم على إعطاء مهلة في دفع الدية .

ويرى آخرون أن أصل المقد هو اتفاق الخصمين على التحكيم
بينهما . ولكن على كل تقدير قد كان للاديان أعظم الاثر في ظهور التعاقد
واحترام الالتزامات .

(ر : « نظرية المقد » للإستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري في بحث
سلطان الارادة ، ف/ ٨٩) .

والمقد من أهم الظواهر المدنية ومقاييس حرمة الارادة وحرينها .

وقد اعترت المقد أطوار مختلفة في تاريخ التشريع من حيث الشكلية،
والحرية ، وقوة الاعتبار .

وكلما تحرر العقد من قيود الشكلية فيما لا تتعلق به مصلحة عامة
كان أقرب نسبا الى الرقي الانساني والمحاضرة الكاملة •

وقد كان العقد لدى بعض الامم قبل الاسلام مطوقا ومشقلا
بالشكليات :

أ - ففي التشريع الروماني القديم كان لانواع العقود من بيع وتكاح
وغيرهما مراسم وأشكال لا تعتبر العقود اذا لم تمر بها •

فمن ذلك الطريقة المعروفة في البيع عند الرومانيين باسم « مانسياسيو
Mancipatio » وقد يسمونها أيضا طريقة « التحاس والميزان » لانهم
يوجبون فيها حمل الميزان والضرب بالنقد التحاسي عليه • وكان يشترط
لديهم في البيع حضور المبيع ، مجلس البيع ، فلم يكن قابلا للبيع الا
الاموال المنقولة •

ولما سوغوا بيع الاراضي كان لا بد في عقد « المانسياسيو » في أول
الامر من احضار جزء من تراب الارض رمزا الى حضورها في مجلس
العقد كالتقولات •

فكانت العقود لديهم خاضعة لصور من الشكلية المادية
الابتدائية^(١) •

(١) انظر الحقوق الرومانية « Droit romain » لكل من الاستاذين
« مونييه » و « جيفار » الفرنسيين •

ويقول الاستاذ الدكتور محسن البرازي في كتابه « الحقوق
الرومانية » ج ٢ ص ١٥٤ :

« إن المراسم والاشكال ركن أساسي في الحقوق الرومانية التي تمتاز
بهذا الطابع • ولئن صارت فيها بعض العقود تتم بالتراضي كالبيع والإجارة
والشركة فما ذلك الا للضرورة على أثر اتساع الحياة الاقتصادية وكاستثناء
من القاعدة » •

ب - وفي جاهلية العرب كانت يبيعون تطنى فيها الشكيلة على حرية أحد العاقدين واراذه ، كبيع الملامسة ، والمتابذة ، واتقاء الحجر ، فقد تمورف فيها ان المشتري اذا لمس الميسع ، أو ألقى عليه حجرا ، أو نبذه اليه البائع فقد لزم العقد .

١٣٦ - وقد نهى النبي عليه السلام عن هذه البيوع ، وجاء التشريع الاسلامي على يديه باطلاق العقود من القيود السخيفة واخضاعها لمجرد الايجاب والقبول الصادرين بالتراضي والاهلية ، واعتبر فيها هذا التراضي هو الملزم دون الاشكال والمراسم .

حتى لقد اعتد الفقه الاسلامي بما يفني عن الايجاب والقبول في الدلالة على توافق الارادتين ، ذلك التوافق الذي هو الاصل في اعتبار العقود ، فسوغ التعاطي^(١) في البيع ونحوه ، واعتبر به العقد منعقدا في خسيس الاموال ونفيسها كما سيأتي . ولم يفرق في البيع بين المنقول والمقار ، ولا بين حضور المبيع وغيباه .

والتشريع الاسلامي لم يتقيد بشيء من الشكليات التي لا دخل لها في تحقق معنى العقد بين طرفيه الا اذا كان لها اساس بالغاية المقصودة من العقد ، كاشتراط القبض في عقد التبرع والرهن ، أو اذا كانت تتوقف عليها مصلحة ذات بال ، كاشتراط الشهود لصحة عقد النكاح^(٢) .

(١) بيع انتعاطي يكون بقبض المبيع بعد معرفة الثمن ، كما لو وجد انسان متاعا في حانوت مكتوبا عليه ثمنه ، أو كان معروف الثمن ، فأخذته وناول البائع ثمنه ، فقبضه منه راضيا دون ايجاب وقبول باللفظ ، فإن البيع ينبرم بينهما بذلك (ر : ف / ١٥٩ - ١٦٠) .

(٢) الحكمة في اشتراط الشهود لصحة النكاح ان الاجتماع والمعاشرة

وقد صحح التشريع الإسلامي عقود الصغار المجزين والأرقاء إذا أذن لهم الأولياء والموالي في التجارة •

وكذلك سوى بين الرجل والمرأة في حرية العقود واحترام الإرادة في تصرفات الإرادة ، من معاوضات ، وتبرعات ، والتزامات ، ونكاح •
ولا يعرف تشريع سبق التشريع الإسلامي في مضمار تحرير العقود من قيود شكلاتها المثقلة •

الفرع الثاني

خمس ألفاظ اصطلاحية يحتاج الى إيضاحها

بين يدي نظرية العقد

الركن - السبب - العلة - الشرط - المانع •

١٣٧ - لكي يفهم تكوين العقد فهما دقيقا يتميز فيه أثر كل

بين الرجل والمرأة يمكن أن يكونا على أساس مريب غريب غير مشروع لولا إعلان النكاح ومعرفته ؛ فلو صح عقده سرا كما في العقود المالية لما تميز السفاح عن النكاح •

وقال ابن تيمية رحمه الله في فتاواه :

« ان الامر الشرعي بلزوم الشهود والاعلان في عقد النكاح انما هو لتمييزه عن السفاح ، وصيانة للنساء المحصنات عن التشبه او الاشتباه بالبغايا ، وللا شرع في النكاح الاحتفال بضرب النكاح والوليمة مما يوجب الشهرة » •

(فتاوى ابن تيمية ٣ / ٢٧٠ - ٢٧١ / باختصار) •

وسياتي لذلك مزيد بسط وإيضاح (ر : ف / ١٦٠) •

من العناصر التي يتوقف تكوينه وانشأؤه عليها يحسن أن نمهّد بإيضاح لبعض الفاظ اصطلاحية في أصول الفقه يحتاج الى معرفتها وتمييز مفاهيمها العلمية هنا وفي كثير من المباحث المستقبلية .

ومنه الانفاظ هي : الركن ، والسبب ، والعلة ، والشرط ، والمانع .

١٣٨ - ١ - الركن :

فركن الشيء في اللغة هو الجانب القوي الذي يمسكه ؛ كأركان البيت ، وهي زواياه التي تمسك بناءه .

والركن في اصطلاح الفقهاء والاصوليين هو :

ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعد جزءاً داخلاً في ماهيته

(ر : المصباح المنير ، وتعريفات السيد الجرجاني) .

- فمثلاً ركن القياس الذي يبنى عليه هو الاتحاد أو الشبه في علة الحكم بين المقيس عليه والمقيس ، لأن القياس يقوم بهذا الشبه كقيام البيت بأركانه الاربعة ، واذا فقد هذا الشبه لم يبق الامر قياسياً ، بل هو اثبات حكم مبتدأً للحادثة الجديدة .

(ر : الكشف شرح أصول البزدوي أول باب ركن القياس ٣/٣٤٤) .

- وركن القدر هو ما يعبر عن اتفاق الارادتين من ايجاب وقبول أو ما يقوم مقامهما كما سنرى ، لانهما النصران الذاتيان في ماهية انقضاء ومناه ، فارتباطهما الشرعي يقوم القدر ويتكون كما يتكون الماء من اتحاد عنصره الكيماويين : مولد الماء ، ومولد الحموضة .

وفي أمور العبادات يعد الركوع والسجود وقراءة القرآن أركاناً في الصلاة ، لأن ماهيتها وحقيقتها إنما تقوم بهذه الاعمال .

وعلى هذا لا يعتبر الفاعل ركناً في فعله بالمعنى الاصطلاحي للركن ، لأن الفاعل ليس جزءاً ذاتياً في معنى الفعل وماهيته ، وإن كان لا يد لكل فعل من فاعل .

فالعاقد اذن لا يسمى ركناً في العقد . لكن بعض الفقهاء كالإمام الغزالي يعد العاقد ركناً في العقد باعتبار أنه أحد جانبين أساسيين في تكوينه . (ر : تعريفات السيد الجرجاني ، والمصباح المنير ، مادة : ركن) .

والشهاب القرافي من فقهاء المالكية أيضاً قد عد في كتابه « الفروق » من أركان العقد : المرضين : والعاقدين (الفروق ، ج ٢ ، الفرق / ٧٠) .

وهذا تساهل في التسمية ، وإن التحقيق ما قد بيناه . فالعاقدان والمحل المقود عليه تعتبر من مقومات العقد ، ولكنها ليست أركاناً بالمعنى الاصطلاحي للركن . فالمقومات أعم من الأركان لأنها تشمل كل ما لا يمكن وجود العقد فعلاً بدونه من ركن ، أو عاقد ، أو محل ، كما سنرى (ر : ف / ١٤٥) .

١٣٩ - ب - السبب :

السبب في أصل اللغة الجبل الذي يتعلق به الإنسان وينتسب للارتقاء والانتقال . وسمي منهج الطريق سبباً ، تشبيهاً بالجبل الممتد .

ومن ثم يطلق السبب أيضاً على كل ما يتوصل به إلى غيره ويفضي إليه . وعليه قوله تعالى : « **وَاتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَباً** » أي عرفناه بالذرائع التي توصل إلى النتائج في كل أمر (ر : مفردات الراغب) .

والسبب في اصطلاح الفقهاء والاصوليين هو :

كل حادث ربط به الشرع امرا آخر وجودا
وعلما ، وهو يخرج عن ماهيته •

أي ان وجود السبب يستلزم وجود المسبب ، كما أن عدم السبب
يستلزم عدم المسبب •

مثال ذلك في الامور المدنية والجزائية أن اتلاف مال الغير سبب
لضمانه وتمويضه ؛ وأن القتل العمد المدواني سبب للقصاص ؛ وأن القرابة
سبب للارث ، وان الشركة في العقار سبب لاستحقاق الشفعة في حصة
الشريك الآخر اذا باعها • وكل عقد ينقذ أو تصرف يباشر هو سبب
شرعي لحكمه وآثاره الحقوقية التي رتبها الشرع عليه •

ويلحظ أن السبب يشبه الركن من حيث ارتباط مسببه (بصفة
المفعول) به وجودا وعدما •

ولكنه يفترق عن الركن من حيث أن سبب الشيء أمر خارجي عنه
وليس جزءا ذاتيا من ماهيته ؛ فان اتلاف مال الغير مثلا ليس جزءا من
مفهوم الضمان والتويض ، وكذا القرابة ليست جزءا من حقيقة الارث ،
بل هما أمران منفصلان عن ماهية مسيبتيهما • وهكذا كل سبب بالنسبة
الى مسببه وهو حكمه الذي ربط به •

ومن علامة السبب أن يضاف اليه غالبا حكمه المسبب عنه ؛ كقولنا :
التزامات المقد ، وضمان الاتلاف ، وعقوبة الجريمة ، وصلاة الصبح ،
وصيام رمضان الخ ... فالقصد ، والاتلاف ، والجريمة ، ودخول وقت
الصبح ، وشهر رمضان هي أسباب لما أخيف اليها •

١٠٤ - ج - العلة :

- أما العلة فانها نوع خاص من السبب ، فهي :

**السبب الظاهر المناسب الذي يبنى عليه
الشارع الحكم .**

فلاسكار مثلاً علة في تحريم الخمر • والمدوان على مال الغير
بالانلاف علة في تضمين التلّف • والمدوان على النفس المصونة علة في
ايجاب القصاص • واضطرا بالفكر عند الغضب علة في نهى النبي عليه
السلام عن أن يقضي القاضي وهو غضبان •

وقد تسمى العلة بهذا المعنى سبباً أيضاً •

- وقد تطلق العلة على معنى الحكمة التشريعية في الحكم المشروع ،
أي على المصالح والمفاسد التي تتعلق بها الأوامر والنواهي الشرعية ،
فتكون بمعنى الغاية •

فالقمع والزجر وصيانة الأنفس هي علل العقوبات بهذا المعنى •

(ر : الموافقات ج ١ ص / ٢٦٥) •

١٤١ - د - الشرط :

- الشرط ، بفتح فسكون ؟ وجمعه شروط ، تدل مادته بمختلف
صيغها وحرركاتها في أصل اللفظة على معنى العلامة الدالة المميزة •

ومنه قيل : أشرط الساعة ، جمع شرط (بفتحين) للجواري
الدالة على قربها •

ومنه الشرطي واحد الشرطة (بالضم) لأفراد السلطة المكلفة بضبط النظام والامن الداخلي ، لأنهم يمتازون بعلامات في ألبستهم تميزهم عن سواهم .

والشرطة بمعنى الشرط ، وجمعها : شرائط (ر : المصباح ، ومفردات الراغب) .

ومنه أطلق الشرط لفة على ما يشترطه الإنسان في عقودهِ والتماتهِ على نفسه أو غيره لأنه كلامة تميز العقد عن أمثاله بأحكام إضافية تخصه اتفق عليها الطرفان .

وقد عم هذا المعنى وشاع في اللغة واستمر ، وعليه يقع اشتباه قولهم في المثل العربي المتقدم : « الشرط أملك ، عليك أم لك ، (ر : ف/ ٨٤) .

— أما في اصطلاح الفقهاء والاصوليين ، فالشرط أو الشرطية هو :

كل أمر ربط به غيره عسلا لا وجودا ، وهو خارج عن ماهيته .

أي أن عدم الشرط يستلزم الامر المشروط له . أما وجود الشرط فلا يستلزم وجود المشروط .

— مثال ذلك أهلية الماعد ، فانها شرطية في كل عقد ، ففائدة هذه الأهلية كالمجنون مثلا لا ينقده عقده .

وكذا قابلية المال المبيع للتملك ، فانها شرطية لانقضاء البيع ، فاذا لم يكن المال المبيع قابلا للتملك لا ينقذ البيع ، كما في المال الموقوف ، فان بيعه باطل لعدم قابليته للتملك .

وكذا كون المبيع مقدور التسليم ، فلو باع حيوانا شاردًا منه لا يقدر على تسليمه فالبيع باطل (م/٢٠٩) •

ففقدان أحد الشروط قد اقتضى عدم انعقاد البيع شرعًا ، لكن تحقق هذه الشروط في المال لا يوجب وجود البيع •

– وكل من هذه الشروط هو أمر خارجي عن معنى البيع فأهلية العاقد وقابلية المال ليسا أجزاء ذاتية في عملية العقد وماهيته ، لأن حقيقة العقد ايجاب وقبول ؟ وانما المال محل له ، والعاقد فاعل •

وبهذه الصفة الخارجية يتشابه الشرط والسبب ، ولكنهما يفترقان من حيث الارتباط بين الشرط ومشروطه انما هو العدم ، أما الارتباط بين السبب ومسببه فهو في الوجود وفي العدم •

ولذلك كان من المقرر أن السبب متى وجد وكان مستوفي الشرائط متفني الموانع لا بد أن ينتج الحكم المسبب عنه ؛ بخلاف الشرط فان وجوده لا يوجب وجود المشروط •

– والشروط بوجه عام انما هي مكملات للامور المشروطة لها في نظر الشارع كتكميل الصفة للموصوف ، بحيث ان عديمها يخل بالمقاصد الشرعية من الاحكام •

(ر : الموافقات للشاطبي ج ١ ص ٢٦٢ - ٢٦٤) •

فالقدرة على تسليم المبيع مكملة لغاية البيع ، لأنه سبب للملكية وغاية الملكية الوصول الى الانتفاع ، فعدم امكان تسليم المبيع يخل بهذه الغاية المشروع لأجلها ، فلذا كانت هذه القدرة شرطًا في البيع •

– ٣٠٥ –

للدخل الفقهي ج ١ (٢٠)

وهكذا نظر التشريع في كل الشروط التي يشترطها بالنسبة الى
مشروطاتها •

١٤٣ - والفقهاء يقسمون الشرط باعتبار مصدر شرطية الى
نوعين :

- شرط يفرضه الشرع ، فيجبل تحققه لازما لتحقيق أمر آخر
يربط به عدما ، بحيث اذا لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الامر ، وهذا
ما تقدم بيانه وأمثله في الفقرة السابقة •

- وشرط ينشئه الانسان بتصرفه وارادته ، فيجبل بمض عقوده
أو التزاماته معلقة عليه ومرتبطة به ، بحيث انه اذا لم يتحقق ذلك الامر
لا تتحقق تلك العقود والالتزامات •

وذلك كما لو علق الانسان كفاته بأمر يلائمها فقال لشخص دائن :
ان سافر مدينتك فلان اليوم ، أو اذا لم يعد من سفره اليوم ، فأنا كفيل
بدينك الذي لك عليه ، فان سفر المدين ، أو عدم عودته من سفره يصبح
شرطا لثبوت الكفالة على القائل ، فلا يعتبر كفيلا ملتزما بأداء الدين ما لم
يتحقق ذلك الشرط الذي شرطه للكفالة •

ومثله ما لو علق الرجل طلاق زوجته بفعل أو بصدف فعل ، فقال
لها : ان فعلت كذا ، أو ان لم تفعلي كذا اليوم ، فانت طالق ، فان فعلها
أو عدم فعلها يصبح تحققه شرطا لوقوع الطلاق ، فلا يقع هذا الطلاق
المعلق ما لم يتحقق ذلك الشرط (١) •

(١) يلحظ بهذه المناسبة ان المادة /٩٠/ من قانون الاحوال الشخصية
لدينا الصادر سنة ١٣٧٣ : ١٩٥٣ م قد قينت ضمة تعليق الطلاق على
شرط وبطلت كل تعليق للطلاق اذا كان المقصود منه مجرد العت على

- فالنوع الاول ، وهو الشرط الذي مصدره الشرع يسمى :
الشرط الشرعي ؛ وهو غرض بحثنا هنا •

- والنوع الثاني ، وهو الذي مصدره ارادة الشخص يسمى :
الشرط الجعلي • وقد سمي • جعليا ، لأن الامر الذي صار شرطا
للالتزام لم تكن له هذه الصفة شرعا ، وانما جملة انشخص شرطا مملقا
عليه في أمر كان فيه حق التجيز والتعليق •

وهذا النوع من الشرط له شبه بالسبب من حيث ارتباط مشروطه
به وجودا وعمدا : ففي صورة تعليق الكفالة مثلا بسفر المدين نرى
أنه ان لم يسافر لا تبث الكفالة وان سافر تبث • ومثل ذلك يلحظ
في كل شرط جعلي •

وهذا الشرط الجعلي لا يدخل في بحثنا هنا ، لأننا سنتكلم عليه مفصلا
أحكامه وما يصح تطبيقه بالشرط من التصرفات وما لا يصح في بحث سلطان
الارادة التقديرية في الفقه الاسلامي •

١٤٣ - (٥) - المناع :

- والمناع هو في اللغة اسم فاعل من المنع ، ومعناه : كل ما يمنع سواء
ويكون حائلا دونه •

- اما في اصطلاح الفقهاء والاصوليين فالمناع هو : كل ما يستلزم
وجوده انتفاء غيره •

فعل او المنع من فعل او توكيد الاخبار • وبهذا التقييد المتفق مع ادلة
واجتادات شرعية زال كثير من المأسي الماثلية الناشئة عن تعليق الطلاق
بصورة غير مشروعة حقا وجهلا من كثير من الرجال • (ر : ف / ٨٣) •

وبذلك يكون المانع عكس الشرط ، فان الشرط كما رأينا آنفا يلزم من عدمه عدم غيره ، اما المانع فيلزم من وجوده عدم غيره •

وذلك كالميب القديم في المبيع ، والدين على المورث المتوفي ، وقتل الوارث مورثه ، ومرور الزمان على الحق ، أي تقادمه :

فظهور عيب قديم في المبيع يجهله المشتري هو مانع شرعي من لزوم البيع في حق المشتري دفعا للضرر عنه ؛ فلا يصبح عقد البيع ملزما له ، بل يثبت له الخيار في فسخ البيع ورد المبيع الميب لأن ظهور هذا العيب مخل باتراضي الذي هو أساس العقود ، فيكون الزام المشتري بالمبيع ميبا يلحق به ضررا لا يقتضيه عقده ولم يرض به •

وجود الدين على المورث المتوفي مانع شرعي من الارث فيما يعادل الدين من تركته •

وقتل الواوثة لمورثه مانع شرعي يحرم به القاتل من الارث رغم قيام سبب الارث كاملا وهو القرابة ، لأنه لو ورت لكان متفععا بطريق الجناية المحظورة ، وهذا ينافي الحكمة من ترتيب حكم الارث •

وهروود الزمان بحده الشرعي على الحق هو مانع من سماع الدعوى بذلك الحق أمام القضاء ، لأن اهمال صاحب الحق طلبه دون عذر مدة التقادم يورث في الحق شكاً ماثما •

- ومن المقرر في حكم المانع أن السبب مع وجود المانع يبقى سببا صحيحا في ذاته ، وانما وجود المانع كالحائل دون ثبوت الحكم الميب^(١) •

* (١) وذلك بخلاف السبب الذي لم يتحقق شرطه الشرعي، إذ لا تنعقد

ومن ثم وضعت القاعدة القائلة : اذا زال المانع عاد المنوع
(م/٢٤) •

وذلك كما لو ارتفع الحاجز انقائم فانه يظهر ما وراءه •

ففي التقادم ، اذا أقر المدعى عليه بالحق المدعى به يزول الشك
فينهدم التقادم ، فتسمع عندئذ دعوى المدعي التي كانت ممنوعة بمروور
الزمان ، لزوال المانع •

وفي خيار العيب اذا زال العيب قبل أن يفسخ المشتري البيع ، كما
لو تبين في الدابة المبيعة مرض فشفيت منه ، يصبح العقد لازما لزوال المانع
من لزومه ، فيمتنع فسخه •

- ومن الواضح أنه ليس كل مانع قابلا للزوال • فقتل الوارث
مورثه مثلا ، وهو من موانع الارث كما تقدم لا يمكن أن تزول فيه عن
الوارث هذه المانع ، لأنه ناشئ عن حادث وقع لا يمكن رفعه ؛
بخلاف الدين الذي على المورث المتوفى ، وهو كما رأينا مانع من
الارث بمقدار الدين ، فانه اذا زال بإبراء الدائن للمتوفى أو بوفاء
الورثة للدين من أموالهم الخاصة يثبت لهم الارث في كامل التركة
لزوال الدين المانع •

هذا عرض اجمالي موجز جدا لفكرة الركن ، والسبب ، والعلة ،

سبببته ما لم تتوافر شرائطه ، كمقد فاقده الاحلية ، فانه عقد باطل •

ومن هنا يظهر الفرق بين فقدان الشرط ، ووجود المانع •

واذا حدث عيب جديد في المبيع عند المشتري يكون مانعا له من حق
رد المبيع على البائع للمصيب المتقدم • فاذا زال العيب الجديد يعود اليه حق
رد المبيع للمصيب القديم القائم فيه ، لزوال المانع الحادث (م/٣٤٧) •

والشرط ، والمانع ، وهي مفاهيم أصولية ضرورية لأنها محطات قائمة في طول الطريق التشريعي والمباحث الفقهية ، والطالب محتاج الى الاعتماد عليها في جميع خطواته العلمية^(١) .

اصطلاحنا في الفرق بين الشرائط والشروط

١٤٤ - رأينا في بحثنا عن الشرط أن الشرط والشرطة هما بمعنى واحد لفة . وهو الواقع أيضا في اصطلاح الفقهاء والاصوليين فالشروط والشرائط في لسانهم جميعا مترادفان على معنى واحد .

- غير أننا رجحنا في هذا الكتاب أن نسطرح على تخصيص لفظ « الشرائط » جمع « شريطة » بما يكون مصدره الشرع فيتوقف عليه وجود المشروط شرعا ، كأهلية العاقد لأجل انعقاد العقد ؟ وتخصيص لفظ « الشروط » جمع « شرط » بما يكون مصدره ارادة الشخص ؟ وهي الشروط الجمالية والالتزامية (ر : ف / ١٤٢) ، كتمليك الكفالة والطلاق ، والقيود والالتزامات التي يشترطها المتعاقدان على أنفسهما .

وقد رجحنا هذا الاصطلاح للتمييز بين الشرائط الشرعية والشروط العقدية في التسمية لأنهما موضوعان متميزان في مفهومهما وآثارهما ، لأن الأول من ارادة الشارع ، والثاني من ارادة العاقد ؟ فأحدهما تشريع ، والثاني تصرف ، فيجب أن يتميزا في التسمية .

(١) ترى مباحث هذه المفاهيم الاصولية موسعة مفصلة الانواع والاحكام والفوارق في مواطن شتى من امهات كتب اصول الفقه وقواعده ، كشرح التحصيل للكمال بن الهمام ، والجزء الرابع من « كشف الاسرار » للشيخ عبد العزيز البخاري شرح اصول فخر الاسلام البزدوي وكلاهما حنفيان ؛ وفي الجزء الاول من « الموافقات » للشاطبي والجزء الاول من « انواع الفروق » لشهاب الدين القرطبي وكلاهما مالكيان .

وعلى هذا الاصطلاح سندرج في مستقبل مباحثنا •

٢/١٤٤ - بقي من المعلومات العامة بحث تصنيف العقود • وقد
آثرنا ارجاءه الى الاخير ليسبقه من المعلومات ما يتوقف عليها حسن
فهمه •

هذا ، وبعد ما تقدم من المعلومات التمهيدية العامة تنتقل الى المباحث
الاساسية في نظرية العقد •

ان مباحث نظرية العقد العامة تنقسم الى ثلاثة فصول : (١) - تكوين
العقد وما اليه (٢) - آثار العقد وما اليها (٣) - انحلال العقد •

وسنعالج فيما يلي هذه المباحث بهذا الترتيب :

الفصل الثاني

تكوين العقد ، وما اليه

الفرع الأول

قوام العقد (١)

مقومات العقد :

العاقدين - محل العقد - موضوع
العقد - أو كان العقد •

١٤٥ - ان العقد ، كما رأينا ، هو سبب من الاسباب

(١) قوام الشيء لغة ، بالفتح والكسر ، هو عباده الذي يقوم به وينتظم
(للصباح المنير) •

وقد استحسننا استعماله هنا بمعنى « المقومات الاساسية » التي
لا يمكن ان يتصور وجود العقد دونها ؛ سواء كانت ركنا بالمعنى الاصطلاحي ،
أي جزءا ذاتيا في عملية العقد ومعناه كالايجاب والقبول ، أو كانت من
اللوإزم العقلية الأخرى كالمعاقدين والمحل •

وهذه المقومات هي غير الشرائط الشرعية في العقد لان الشرائط انما
هي اوصاف تكميلية لوجوبها الشارع في تلك المقومات الاساسية للعقد ،
كأهلية خاصة في المعاقدين ، وقابلية خاصة في محل العقد ؛ فالشرائط
الشرعية امور يمكن في الاصل أن يتصور وجود العقد دونها لولا ان



الشرعية تترتب عليه أحكام ، وهذا معنى قولنا ان العقد مصدر من مصادر الالتزام .

وهو ، كما ظهر من تعريفه ، عمل ارادي مشترك يقوم على التراضي ، ويربط جانبين من الاشخاص بأحكامه الشرعية ، وهي الحقوق والالتزامات التي ينشأ العقد في موضوع معين .

فقوام العقد انما يكون بمقومات أربعة لا بد من وجودها في كل عقد ، وهي :

- العاقدان ، ويسميان طرفي العقد .
- ومحل العقد ، ويسمى : المقود عليه .
- وموضوع العقد .
- والاركان ، وهي العناصر الذاتية الانشائية التي يتكون منها العقد .

أ - العاقدان

١٤٦ - فأما العاقدان فقد يكون كل طرف منهما شخصا منفردا أو متعددا ، كما لو تخارج فريق من الورثة مع أحدهم ، أي تعاقدوا معه على أن يدفعوا اليه مبلغا معينا وبأخذوا حصته الارثية من التركة فيقتسموها بنسبة ما دفع كل منهم .



الشائع اشتراط وجودها وجعل العقد متوقفا عليها لتقاصد تشريعية يلحظها ، بخلاف تلك العناصر التي سميناهم « مقومات » كالعاقد والمحل المتعاقد عليه ، فانها لا يمكن تصور وجود العقد دونها .

وقد يكون العاقدان أصليين أو نائبين عن غيرهما في العقد كالوكيلين والوصيين ، وقد يكون أحدهما أصيلاً عن نفسه والآخر وكيلاً عن غيره .

ب - محل العقد

١٤٧ - وأما محل العقد ، أو المقود عليه ، فهو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه ؟ وذلك كلال المبيع في عقد البيع ، والموهوب في عقد الهبة ، والمرهون في عقد الرهن ، والدين المكفول به في عقد الكفالة ، والمتعة المشتركة في عقد النكاح ، وهكذا ...

ج - موضوع العقد

١٤٨ - وأما موضوع العقد فالمراد به غايته النوعية ، أي المقصد الأصلي الذي شرع العقد لأجله .

وهذا الموضوع واحد ثابت غير مختلف في كل أفراد النوع الواحد من العقود وإنما يختلف باختلاف نوع العقد .

فالموضوع في كل عقد بيع إنما هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري بعوض ؛ وفي كل هبة إنما هو تملك الممن الموهوبة مجاناً بلا عوض ؛ وفي كل عقد اجارة إنما هو تملك منافع المأجور بعوض ؛ وفي كل عقد اعادة إنما هو تملك المنافع بلا عوض ؛ وهكذا .

ولذا قلنا ان موضوع العقد هو الغاية النوعية فيه ^(١) .

(١) يلحظ في هذا المقام انه في بعض العقود قد يكون محل العقد

وبذلك تميز الغاية النوعية عن الباعث الذي هو غاية شخصية للمعاقد .

فإن الباعث مثلا لبعض الناس على بيع شيء من ماله قد يكون هو احتياجه الى الثمن ، أو كراهيته للمبيع ، أو رغبته في الربح ؛ وقد يكون الباعث لغيره على البيع هو رغبته في تهريب المال من وجه دائن أو وارث أو غير ذلك .

فالباعث قد يختلف باختلاف كل قاعدة ، أما الموضوع فانما يختلف باختلاف نوع العقد كما بيناه (١) .

مشتبها ما بين **المحل والموضوع والعاقدة** ، كما في عقد النكاح . فإن محله في الحقيقة هو المتعة المشتركة بين الزوجين بنية التناسل . أما موضوعه فهو ملك هذه المتعة ، أي حق الاستمتاع . ولذا يعرفه الفقهاء بأنه عقد موضوع لملك المتعة (ر : الدور ، أول النكاح) .

وبما أن غرض هذه المتعة التي هي محل العقد إنما هو الاستيلاء لذلك يقولون إن محل النكاح هو المرأة بهذا الاعتبار ، ولكن محله الحقيقي إنما هو **المتعة الجنسية المشتركة لا المرأة** ، وإلا كان في النكاح محل العقد والعاقدة شيئا واحدا .

(١) إن لمشروعية الفرض الباعث على التصرف أو عدم مشروعيته اعتبارا مؤثرا في كثير من أسوال العقود وأحكامها في نظر فقهاءنا . وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الحديث في الفقه الفرنسي أيضا .

(ر : نظرية العقد للاستاذ السنهوري ف/ ٥٤٤ - ٥٤٨) .
غير أن الاستاذ الدكتور شفيق شحاته في رسالته عن « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية » (ف/ ٢٨) يقول :

« والواقع أن المدافع أو الباعث لم يعتبر أبدا عند الفقهاء ، حتى أنهم قالوا إن البيع يصح ، ولو أن الفرض الذي يستعمل فيه المبيع غير مشروع » .

←

١٤٩ - هذا ، ويتضح مما تقدم أن موضوع العقد من حيث
المآل يتحد مع ما يسميه الفقهاء : حكم العقد أي الأثر الذي يترتب
عليه .

ولا يخفى أن هذا الحكم غير سديد على إطلاقه حتى بالنسبة إلى
الاجتهاد الحنفي الذي اتخذه الاستاذ المشار إليه أساسا للبحث في
رسالته هذه .

فقد نص فقهاء الحنفية على مسائل يتجلى فيها أنهم يقررون تأسيرا
هاما لمشروعية الباعث وعدمها في مواطن من أحكام العقود :
فمن ذلك ما صرحوا به في الإجارة بين الإنسان ولو استأجر عاملا لهم
بنائه ، ثم بنا له المنزل عن إيجارهم ، فإن له فسخ الإجارة بهذا العقد .
أما إذا أراد فسخ الاستئجار لأنه وجد عاملا أخص أجرا ، أو أراد أن
يهم البناء بنفسه فلا يعتبر فسخه .

وكذلك نصوا في المزارعة - وهي نوع شركة زراعية تكون فيها الأرض
من جانب والمعمل من آخر - أن من عليه البئر يحق له فسخ المزارعة قبل
انقضاء البئر في الأرض لأن فيها إقلاف ماله وهو البئر فله الرجوع عنها ،
كما سنرى في بحث العقود غير اللازمة (ف/٢٠١/ثانيا) .

لكن إذا أراد فسخ المزارعة لأنه وجد مزارعا يرضى بنصيب أقل ، أو
أراد أن يعمل بنفسه فلا يحق له الفسخ (ر : رد المحتار ج ٥ ص/١٧٧) .
فهذه الفروع الفقهيّة كما ترى من أوضاع الصور على اعتبار الباعث ،
وتأثير مشروعيته وعدمها في أحكام العقود بنظر فقهاءنا .

حتى أن عدم مشروعية الباعث على العقد قد توجب بطلان العقد في
بعض المذاهب الاجتهادية ولو كان العقد في ذاته مشروعا ، وهي قضية
خلافية مشهورة في علم أصول الفقه الاسلامي ، وذلك كمسألة الزواج
بالمرأة الطلقة ثلاثة إذا كان الباعث على الزواج ليس رغبة في الحياة
الزوجية معها ، بل لأجل تحليلها للزوج الأول ، ومسألة بيع السلاح
للنساء والبقاة ، وبيع العنبر لأجل اتخاذه خمر ، إلى غير ذلك من
المسائل التي اختلف فيها الاجتهاد . وقد أوضح هذا المبدأ واختلاف
الفقهاء الأصوليين في حدوده ومدى تأثيره أمام الشاطبي في مواطن

فالموضوع ، والغاية النوعية والحكم ، هي معاهيم جند متقاربة
مآلا ، وانما تختلف التسمية باختلاف وجهة النظر اليها .

فموضوع عقد البيع ، وهو نقل الملكية بموضع ، اذا نظرنا اليه من
جهة المعادين المتبايعين كان غاية لهما يسميان الى تحقيقها بهذا النوع
الموصل اليها من المقود .

واذا نظرنا اليه من جهة الشارع كان هو الحكم والامر الذي يقره
التشريع كنتيجة للعقد بمد وقوعه (ر : ف / ١٣٣) .



عدد من كتابه « الموافقات » : (ر : الموافقات ، المسألة السابعة) من النوع
الثاني في الشروط / ص ٢٧٤ - ٢٨٠ / والمسألة الثالثة من بحث مقاصد
المكلف ، ج ٢ ص ٣٣٣ - ٣٣٧) .

ويتصل هذا المبدأ بالقاعدة الفقهية القائلة : « الامور بمقاصدها » وهي
مستمدة من قول النبي عليه السلام :

« انما الاعمال بالنيات ، وانما لكل امرئ ما نوى »

نعم ان فقهاء المذاهب انظروا مختلفة في حدود نظرية (الباعث)
ومدى تأثيره .

فبيع المدين أمواله بقصد تهريبها من وجه الدائنين صحيح نافذ في
الاجتهاد الحنفي اذا كان غير مجبور عليه قضاء بالانفلاس ، لان الدين
متملق بذمته ، اما اعيان ماله فهي حرة ، ولو كلف كل مشتر ان يعرف
ما على بالعه من ديون لكان في ذلك حرج عظيم تاباه حكمة التشريع .

على ان متأخري الحنفية افتروا في الوقف بعدم نفاذ وقف المدين فيما
يعادل الدين من أمواله الا اذا اجازته القرماء الدائنون ، كيلا يلجأ المدين الى
وقف أمواله يدافع تهريبها من سلطة الدائنين . (ر : ف / ٧٠ الحاشية
و ف / ١٩٤ و ٣ / ٤٦٢ و ٣ / ٣٩٥ - ٣٩٦) .

د - أركان العقد

- ١٥٠ - وأما أركان العقد ، أي الاجزاء التي يتكون منها ، فهي
شئان : الإيجاب ، والقبول ؛ وهما - كما اتضح من المناظرات السابقة -
العوامل الأساسية في بناء العقد •
- فالإيجاب والقبول هما العمل القانوني الذي يربط المتعاقدين ،
فتصير به إرادتهما شريعة ملزمة لهما في حدود حقوقهما •
- والإيجاب والفعل يسمىان : صيغة العقد ، أي المبارات المتقابلة
الدالة على اتفاق الطرفين • (ر : ف / ١٣٣) •
- وهذه الصيغة تملق بها مباحثات فقهية هامة نفرد بها بالفرع التالي :

الفرع الثاني

صيغة العقد وما إليها

ما يجب أن يتوالت في صيغة العقد اللفظية - انعقاد
العقد في الكتابة ، وبالإشارة ، وبالدلالة - نوعا
الدلالة - التعاطي ولسان الحال - العقود العينية •

أ - صيغة العقد

- ١٥١ - الأصل في معنى العقد اتفاق الإرادتين ، أي التراضي ،
وليس الالفاظ المترجمة عنهما •
- ولما كانت الإرادة من الأمور الباطنة ، وكانت للعقود نتائج ذات

بال في الاموال والاعمال ، أوجب الفقه الاسلامي ظهور الارادتين بشكل واضح بين لاشك فيه ؛ وذلك بأن تتوافر في الصيغة اللفظية المعبرة عنهما ، وهي الايجاب والقبول ، ثلاثة أمور أساسية :

- جلاء المعنى •

- وتوافق الايجاب والقبول •

- وجزم الارادتين •

واليك ايضاح هذه النواحي :

١٥٢ - (اولا) - جلاء المعنى في صيغة العقد :

المراد بجلاء المعنى في صيغة العقد أن تكون مادة اللفظ المستعمل للايجاب والقبول في كل عقد تدل دلالة واضحة عرفا على نوع العقد المقصود للعاقدين • وذلك لأن العقود يختلف بعضها عن بعض في الموضوع والاحكام ، فاذا لم يعرف يتيقن أن العاقدين قد قصدا عقدا بعينه لا يمكن الزامهما باحكامه الخاصة به •

ففي مبادلة المال بالمال يجب أن يستعمل لفظ « البيع » أو ما يؤدي معناه من تملك الاعيان بعوض •

وفي المبادلة على المنفعة يجب أن يستعمل لفظ « الاجارة » أو ما يفيد معاها من تملك المنفعة بعوض ؛ وهلم جرا •

ولا فرق بمد هذا بين أن تكون دلالة اللفظ على العقد المقصود دلالة حقيقية أو مجازية ، فان الجلاء والوضوح يتحقق في طريقي الحقيقة والمجاز •

ومتى احتصل اللفظ المستعمل في الايجاب أحد عقدين أحدهما أقوى واكثر الزاما لأحد العاقدين ، والآخر أدنى ، فإنه يحمل على الأدنى جريا مع اليقين ، اذ لا يسوغ الزام أحد بالتزامات عقدية لم يتحقق قصده الى التقيد الموجب لها . (ر : الدر المختار ج ٥ ، أول كتاب الايداع) .

وعلى هذا كانت الفاظ « الكنايات » في أحد العقود يحتاج في عقده بها الى قرينة ترجع أن العاقد قد أراد بها ذلك العقد ، لان لفظ الكناية يحتمله كما يحتمل غيره ، فلا بد من مرجع ، وهو القرينة .

فينقد البيع بلفظ الهبة^(١) المقرونة بالثمن ، بأن يقول أحد المتبايعين : وهبتك هذا بكذا دراهم ، فيقبل الآخر (ر : فتح القدير ، ٤٥٨/٥) .

وكذا ينقد النكاح بلفظ الهبة او الصدقة أو نحوهما مما يفيد الملك الدائم اذا قرن بالمهر ، بأن تقول المرأة للرجل مثلاً : وهبتك نفسي على مهر قدره كذا ، فيقبل الرجل . (ر : الهداية وشروحا ١٠٥/٣ - ١٠٨) .

وذلك لان ذكر الثمن أو ذكر المهر قرينة تجعل لفظ الهبة جلبي الدلالة على قصد البيع (في الحالة الاولى) أو على قصد النكاح (في الحالة الثانية) ، اذ أن العبرة في العقود للمقاصد والمجاني لا للألفاظ والمباني ،

(١) لفظ الهبة يعتبر صريح الدلالة لايحتاج الى قرينة اذا استعمل في معنى التملك المجاني بلا عوض . اما اذا استعمل في نحو البيع او النكاح فيعتبر كناية في الدلالة عليهما ، فيحتاج الى قرينة ترجع انه اريد به المعقد المقصود بيما أو نكاحا .

كما تنطبق به تلك القاعدة الذهبية المشهورة في الفقه الاسلامي
(٣ / م) •

ولو قال انسان لآخر : حملتك على هذا الدابة ، أو أسكتك في
هذه الدار ، أو أعنتك بهذا المبلغ فخذ • لا يعتبر هذا هبة الا اذا
قامت قرينة على ارادة الهبة ، كما لو كان القائل ملكا مثلا ، والا كان
عارية في مثل الدار والدابة ، وقرضا في مثال المبلغ من النقود ، حملا
على أدنى احتمالات اللفظ ، كما تقدم •

وكذا لو قال لآخر : خذ مني هذا الشيء ، فان ظهر غرض الهبة فهو
هبة ، والا كان وديعة يجب حفظها لمعطيا •

١٥٣ - ثانيا - توافق الايجاب والقبول :

يجب أن يوافق القبول الايجاب من جميع الوجوه ؟ فاذا خالفه
لا يعتبر قبولاً ، فلا ينبرم به العقد •

فلو أوجب البائع مثلا البيع لشيء بثمن قدره مائة ، فقبل المشتري
بثمانين ؟ أو أوجب المؤجر بخمسين دينارا نقدا ، فقبل المستأجر بخمسين
مقسطة أو مؤجلة ، لا ينقذ العقد بهذا القبول •

ويعد من المخالفة أيضا تجزئة الصفقة بالقبول ، ولو مع المحافظة
على نسبة البدل • فاذا أوجب البائع بيع ثوب من الجوخ ، أو كمية
من القمح بثمن معين ، فقبل المشتري نصف البيع بنصف الثمن لا ينقذ
البيع لمخالفة القبول للايجاب ، اذ ربما كان البائع لا يوافق بيع بعض البيع
دون بعض (ر : م / ١٧٧) •

ولكن القبول المخالف لا يبطل ، بل هو صالح لان يبنى عليه ،
وقد يرضى به الطرف الآخر ، فالقبول المخالف يعتبر إيجابا جديدا

يحتاج في انعقاد العقد على أساسه الى قبول من الطرف الآخر الذي كان هو الموجب ، فيصبح القابل موجبا ، والموجب قابلا •

على أنه اذا كانت مخالفة القبول للايجاب ، انما هي مخالفة الى غير من كل وجه بالنسبة الى الشخص الموجب لا تكون مانعة من الانعقاد لانها في الحقيقة ليست مخالفة وانما هي عندئذ زيادة في الموافقة ، وليست المبرة للاشكال الصورية بل للمقاصد الجوهرية •

فلو أوجب المشتري بعشرة دنانير فقبل البائع بأقل منها ، أو أوجب البائع بعشرة فقبل المشتري بأكثر منها ، كان ذلك في الحقيقة قبولا بالمبلغ الذي تضمنه الايجاب مع التزام حط منه أو زيادة فيه لمصلحة الطرف الموجب • فينقد البيع بالثمن الذي تضمنه الايجاب ، ويتوقف لزوم الحط أو الزيادة على رضى الطرف الموجب ، لان القاعدة أن الحط من العوض والزيادة فيه لمصلحة الطرف الآخر يتوقف لزومهما على رضا (ر : رد المحتار ١٩/٤) •

أما اذا لم تكن المخالفة الى خير وأفضل من كل وجه بل من وجه دون وجه لا ينقد العقد الا بموافقة الطرف الآخر ، كما لو كانت المخالفة من كل وجه ، وذلك كما لو أوجب البائع بعشرين دينارا فقبل المشتري بأربعين نسيئة الى شهر مثلا ، فلا ينقد العقد ، بل يعتبر القبول المخالف ايجابا يحتاج الى قبول • ذلك لانه وان كان الثمن المقبول أزيد مقدارا ، قد تكون حاجة البائع أو رغبته في النقد عاجل ، أي في الناحية التي خولفت ، فيفوت غرضه •

١٥٤ - ثلثا - جزم الاداتين :

والمراد به أن تكون صيغة الايجاب والقبول مفيدة للبث في العقد

بصورة لا تردد معها ولا تسويف ، والا كانت نية الارتباط متفية ، لأن
التردد في حكم الرفض .

ومن الواضح أنه اذا اتفت دلالة الصيغة على وقوع الارتباط
والتعاقد ، فلا عقد ولا التزام . وعلى هذا يقرر الفقهاء أن الوعد بالبيع
لا ينقذ به البيع ولا يلزم صاحبه قضاء^(١) .

ومن صورة الوعد أن تقترن عبارة الايجاب أو القبول بأداة تأخير
وتسويف ، كحرف السين أو سوف . فلو قال البائع لمن يستام
الشيء : سأبيعك بكذا ، أو قال المستام : سوف اشتريه ، فإن البيع

(١) يلحظ هنا ان المواد / ٢٢٠ - ٢٢٧ / من قانون الملكية العقارية
السابق لدينا ذي الرقم / ٣٣٣٩ / قد قضت بأن الوعد ببيع العقار ملزم
للواعد اذا حصل بشرائط ومراسيم عينها القانون المذكور وهو موجب
للتسجيل الجبري في العقار على اسم الشخص الموعود اذا ادعى هذا على
المالك الناكل عن وعده .

فالحكم الفقهي في ان الوعد بالمقد غير ملزم أصبح في بلادنا مصدرا
بهذا القانون في حق العقار .

والواقع ان الوعد ببيع العقار كما رسمه القانون المذكور هو في
الحقيقة تعهد من المالك بالبيع متى طلب راغب الشراء خلال مدة معينة ،
وهذا التعهد يتفق عليه الطرفان ، وليس مجرد وعد .

ثم جاء القانون المدني السوري الذي صدر خلال الطبعة الثالثة من
هذا المدخل ، فعمم هذا الحكم على كل وعد بمقد ، فاعتبره ملزما للواعد
اذا استوفى شرائطه التي قررها القانون المذكور مهما كان نوع العقد
الموعود .

ومن الواضح ان عقد الزواج لا يدخل تحت هذا التعميم ، لانه
خاضع لقانون الاحوال الشخصية الذي لا يجعل الوعد بالزواج ملزما .

لا يعتقد بذلك ولو قبل الطرف الآخر قبولاً باتناً^(١) (ر : المجلة / ١٧١) •

١٥٥ - والصيغة العامة التي يرجحها الفقهاء في الإيجاب والقبول للدلالة على الإرادة الجازمة هي صيغة الماضي ، نحو : بعت واشتريت ، ورهنت وارتهنت ، وزوجت وتزوجت ، الخ •••

ولفظ قبلت أو وصيت أو ما في معناهما ، بعد ذكر الإيجاب ، يكفي وينفي عن إعادة ما تقدم في الإيجاب •

على أن صيغة الماضي ليست بشرط ، وإنما هي أفضل من سواها لدالتها في مقام العقود على الإنشاء الجازم •

(١) يلحظ في هذا المقام أن العقد قد يقع معلقاً بوجوده على وجود شرط ، كما لو علق الكفيل كفالته على سفر المدين بأن قال : إذا سافر فقد كفلته •

وقد يعقد العقد مضافاً به حكمه إلى المستقبل ، كما لو أجر إنسان داره سنة ابتداء من أول الشهر القادم •

وقد يعقد العقد بخيار لأحد العاقدين ، كما لو تبايعا على أن يكون المشتري مخيراً إلى ثلاثة أيام ، فيكون له خلالها حق في نقض البيع ورد المبيع ، وهو المسمى : خيار الشرط (ر : ف / ١١ / ثامناً) •

فالتعليق أو الإضافة في العقود التي تقبلهما ، وكذا خيار الشرط في العقود التي يجري فيها ، لا ينافي بالمجزم الواجب وجوده في صيغة العقد كما لا يخفى •

فإرادة العاقدين في العقد المعلق أو المضاف أو المخير فيه مبتوتة ليست كإرادة من يعد بالبيع وعداً أو يقول : سوف أبيع • ولكن العقد المعلق مجزوم به من قبل الماعد لا حالاً ، بل عند وجود الشرط الخارجي المعلق عليه ؛ والعقد المضاف مجزوم به للحال ، إلا أن ابتداء حكمه مؤخر إلى زمن معين ؛ والعقد مع الخيار مبتوت أيضاً في أصل انعقاده ، وليس الخيار إلا حقاً ممنوحاً لأحد العاقدين في فسخ العقد القائم •

فكل ذلك لا ينافي بالمعنى المقصود هنا في صيغة العقد •

فلو عبر الطرفان بالمضارع مقصودا به الحال انقصد العقد ؟ كما لو
قال : أبيعك الآن ، فقال الآخر : أشتري الآن (ر : المجلة / ١٧٠) •

ومثل ذلك في الصلوح كل عبارة تظهر بوضوح ارادة المصادقين
الجازمة في انشاء العقود بحسب موضوع كل عقد •

ففي عقد البيع لو أوجب المشتري بقوله : هذا علي بألف ، فقال
البائع : قبلت ، أو أوجب البائع بقوله : هو لك بألف ان وافقك أو
أعجبك أن ان أردت ، فقال المشتري : وافقني أو أعجبني أو أردت ،
ينقصد البيع بكل هذه المبارات (ر : فتح القدير ، للكمال ابن الهمام
٤٥٨/٥ - ٤٥٩) •

حتى ان الفقهاء قد اعتبروا صيغة الامر وغيرها من المبارات كافية
اذا كانت تنبئ عن ايجاب أو قبول مقدر يقتضيه المعنى ويستلزمه ،
كما لو قال : اشتريت منك هذا بكنا ، فقال المالك : « خذ » أو
« بارك الله لك فيه » ، وذلك لانها في قوة قوله : بمتك فخذ • فقد بنوا
على المدلول المقدر (ر : المجلة / ١٧٢) •

أما الايجاب أو القبول نفسه فلا يكون أبدا بصيغة الامر •
فلو قال : بمنى أو أجرني بكنا ، فقال : بمتك أو آجرمتك ، لا ينقصد
العقد بذالك حتى يقبل الأمر لأن الامر هنا مجرد طلب وتكليف •
(ر : المجلة / ١٧٢) •

وقد استنوا عقد النكاح خاصة فقرروا فيه انعقاد العقد اذا قال
الرجل للمرأة : زوجيني نفسك ، أو قال لوليها أو وكيلها : زوجني
فلانة ، فأجيب : زوجتك •

فمنهم من اعتبر الامر هنا ايجابا على سبيل الاستثناء من القاعدة •

ومنهم من اعتبره توكيلا ، فالطرف الثاني باجابهته يكون قد تولى طرفي
المقد بحكم هذه الوكالة •

على أنه لو عمم اليوم هذا الحكم فاعتبرت صفة الامر ايجابيا في
جميع العقود كما في عقد النكاح لكان حسنا ، لاتجاه عرف الناس اليه ،
والعرف في ذلك معتبر شرعا •

ب - الكتابة ، والإشارة ، والدلالة

١٥٦ - هذا ، وان انطق باللسان ليس طريقا حتمية لظهور
الارادة العقدية بصورة جازمة في النظر الفقهي ، بل النطق هو الاصل
في البيان ، ولكن قد تقوم مقامه كل وسيلة أخرى اختيارية أو اضطرارية
مما يمكن أن تعبر عن الارادة الجازمة تسيرا كافيا مفيدا •

وعلى هذا ، أقر الفقهاء أنه يقوم مقام النطق في الايجاب والقبول
احدى وسائل ثلاث أخرى ، وهي : الكتابة ، وإشارة الاخرس ، والتعاطي
(ر : المجلة / ١٧٣ - ١٧٥) •

١٥٧ - أولا - الكتابة :

فالكتابة بين الغائبين كالنطق بين الحاضرين ، وعلى هذا الاعتبار
وضعت القاعدة الفقهية القائلة : « الكتاب كالخطاب » (المجلة / ٦٩)^(١) •

(١) المراد بالكتابة في هذا المقام الخطاب الذي تكتب فيه عبارة
الايجاب أو القبول موجهة من أحد الماقددين الى الآخر ، بأن يكتب اليه
مثلا : اني اشتريت منك كذا بكذا ، فيكتب اليه الآخر : قد قبلت ، أو
قد بعثك ما طلبت بما ذكرت من الثمن ، ونحو ذلك ؛ فيكون هذا كما
لو تشافها بالايجاب والقبول نطقا •

ويشترط في الكتابة لكي تعتبر أن تكون : مستتينة ، ومرسومة

— ومعنى كونها مستتينة أن تكون مكتوبة على شيء تظهر وتثبت عليه .
فلا تعتبر الكتابة في الهواء ؟ أو على سطح الماء •

— ومعنى كونها مرسومة أن تكون مكتوبة بالطريقة المعتادة بين
الناس في مراسم زمانهم وتقاليدهم ، وذلك بأن تكون مصدرة باسم المرسل
والمرسل إليه^(١) ، أو مختومة أو موفقة من المرسل المتكلم ، وأن تكون
في زماننا على قرطاس لا على نحو أنواع العظام وجلود الحيوان وأوراق
الشجر مما كان يكتب عليه في الماضي القديم •

والرأي الفقهي في الإيجاب والقبول بالكتابة أن حكمها لا يبدأ
منذ كتابة العبارة ، بل عقب وصول الكتاب وقراءته • فندتد تأخذ العبارة
مفعولها ، فيعتبر الموجب موجبا والقابل قابلا •

وهذا في العقود ، بخلاف التصرفات التي لا تتوقف على علم الطرف
الآخر ورضاه ، كالطلاق والاعتاق ، فانها اذا كتبت كتابة مستتوية
الشرائط ، أي مستتينة مرسومة ، بأن كتب أحد الى زوجته كتابا يقول
لها فيه : انت طالق ، فانها تأخذ حكمها فور الكتابة • فيقع الطلاق



(ر : الاشباه ، ج ٢ الفن ٣ ص / ١٩٦ / ، وفتح القدير ج ٥ ص /
٤٦١ - ٤٦٢) •

وليس المراد كتابة الصك الذي يكتب المتعاقدان فيه العقد ويوقعانه ،
فان كتابة الصك ليست مما نحن بصدده ، لان الصك ليس من قبيل
انشاء بالعقد بالكتابة ، بل هو اقرار خطي بوقوع العقد ، أي ان الصك
هو وثيقة مثبتة ، وليس عبارة منشئة •

(١) يلحظ هنا أنه في زماننا يكتفى بتصدير الكتابة باسم المرسل اليه
فقط مع توقيعها أو ختمها باسم المرسل في نهايتها ، فانه المعتاد اليوم •

حالا ، ولا يتأخر الى وصول الكتاب وقراءته^(١) .

١٥٨ - ثانيا - الاشارة :

وأما اشارة الآخرس فانها تقوم مقام النطق باللسان باتفاق الفقهاء اذا كان لا يعرف الكتابة ، في جميع تصرفاته التعاملية القولية التي يكون له فيها اشارة معهودة مفهومة جرت عليها عادته ، سواء منها ما كان عقدا كالبيع والشراء والنكاح ، أو كان انشاء منفردا في التمليكات كالوصية لجهة خيرية والوقف ، أو في الاسقاطات كالطلاق والابراء واسقاط الشفعة ، أو في غير ذلك كالدعوى والافرار وحلف اليمين .

وعلى هذا الاساس وضمت القاعدة القائلة :

« الاشارة المعهودة للآخرس كالبيان باللسان » (م / ٧٠) .

أما اذا كان الآخرس كتبنا فالرأي الراجح فقها أنه لا تصح تصرفاته الا بالكتابة لانها في الدلالة ، كالنطق من كل وجه . أما الاشارة فهي دون الكتابة دلالة ، فلا تقبل مع امكان الكتابة .

واذا كان الآخرس غير أصلي بل طارئا ، وهي حالة معتقل اللسان . فالرأي المرجح عند فقهاءنا أنه اذا كان لا يعرف الكتابة وتكونت له اشارات معهودة اعتادها للأفصاح عن مراده ، تقبل اشارته هذه في تصرفاته اذا دامت عقله لسانه الى الموت .

(١) اما اذا كانت المكتاب قد علق فيها الطلاق على بلوغ الكتاب بأن كتب الرجل الى زوجته : اذا وصلك كتابي هذا فانت طالق ، فلا يقع الطلاق عندئذ الا بعد وصوله ، كما في العقود .

وانظر في أحكام الكتابة وشرائطها : (رد المحتار ٢ / ٤٢٨ / والاشباه لابن نجيم مع حاشية الحموي ج ٢ ، الفن الثالث ، ص / ١٩٦ - ١٩٧) .

وعلى هذا تكون تصرفته بإشارته الممهودة موقوفة الى موته : فاذا مات على عقلته نفذت تصرفاته مستقلة الى تاريخ صدورها ، أي انها يكون لها أثر رجعي •

ومن الفقهاء من يرى الاكتفاء بدوام عقلته سنة ، فيصبح بمدها كالأخرس الأصلي ، وتقبل إشارته المعتادة ، ويكون لها نفاذ فوري •

وهذا أوجه وأودفع للخرج ، فن الرأي الأول فيه حرج عظيم ، فقد تمتد حياة ممقل اللسان عشرات السنين بعد عقلته ، فلا ينبغي موقف تصرفته طوال ذلك مع انه قد تكون له إشارة معتادة (ر : رد المحتار ٤٢٥/٢) •

وسياتي ايضاح النظر الفقهي في إشارة الآخرس وممقل اللسان في كلامنا على القاعدة السالفة الذكر في القسم الثالث من هذا المدخل •

١٥٩ - ثالثا - الدلالة :

وأما الدلالة فالمراد بها ان يكون الانعقاد مستفادا بفعل من شأنه أن يترتب على العقد ، ويعبر عن تنفيذه ، أو مستفاداً من حال يستدعي انعقاده •

وتحت انعقاد العقد بالدلالة صورتان : التعاطي ، ولسان الحال •

١٦٠ - ١ - (التعاطي) :

فأما التعاطي فهو أخذ وعطاء ، أي مبادلة فعلية دالة على تبادل الإرادتين والتراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول (ر : المجلة / ١٧٥) • وذلك كما لو وجد انسان متاعا في حانوت مكتوبا عليه ثمنه ، أو كان

معروف انمن ، أو سأل صاحبه عن سعره فينه له ؟ فأخذه وناول
البائع ثمنه ، فقبضه منه راضيا دون ايجاب وقبول لفظين ، فان البيع ينبرم
بينهما بهذا الاخذ والعطاء ، لقيامهما مقام الايجاب والقبول في الدلالة على
تبادل الارادتين الجازم في عقد المعاوضة •

ويكفي في انعقاد العقد بالتعاطي ان يكون الاعطاء من جانب
واحد ، أي أن يكون انقبض واقفا على أحد الموضين فقط في عقد المعاوضة
على الراجع من الآراء الفقهية ، كما لو سأل راغب الشراء عن سعر الشيء
ثم دفع الثمن الى المالك فقبضه هذا منه ووعد بتسليم المبيع بعد ذلك ، فان
البيع ينعقد ، ويكون كل منهما ملزما ولو تحول السعر بعد ذلك (ر :
المجلة / ١٧٥ ، ورد المختار ١١/٤) •

ويعد من التعاطي قبض البائع من المشتري عربونا دون تلفظ
باجباب وقبول ، فينعقد به البيع ، فليس لاحدهما رجوع بعد ذلك ، لان
العربون يعتبر جزئا من الثمن •

ويمكن أن نعتبر نوعا من التعاطي اليوم الطريقة المعتادة في العقود
التي تسمى بلفظة الحقوق الحديثة عقود **الإذعان** ، كالاشتراك في النور
الكهربائي والمياه والغاز والهاتف ونحوها ، فانها تتم بتقديم طلب مكتوب
وقيام المؤسسة المختصة ، من شركة أو بلدية أو دائرة حكومية ، بالتديدات
اللازمة وايصال المنافع المطلوبة •

ومثله اليوم ركوب الانسان في الحافلات (الترام) ، وقطع البطاقات
للكركوب في القطار أو للدخول الى السينما ونحوها ، وكذا ارسال مجلة أو
جريدة الى طالبيها •

ويجري التعاطي في حسيس الاموال ونفيسها ، أي في رخيص

التمن وغاليه • فكما يجوز في الخبز والفحم والحطب والحجر ونحو ذلك من الرخيص التافه يجري أيضا في اللآلئ والاحجار الكريمة من انتمين الغالي •

فلو رأى الانسان عقدا من الجواهر عند جوهري وفهم منه ثمنه ، فدفعه له وسلمه الجوهري العقد انبرم بينهما البيع بلا لفظ^(١) •

ويجري التماطي عند فقهاءنا في عقد البيع وما في معناه من المعاوضات كاجارة وصرف واقالة • ومثل ذلك أيضا عقد الصلح على مال ، وانقصة ، فكلها في معنى المعاوضة •

ويجري أيضا في غير المعاوضات كالأعارة والهبة (المجلة/ ٨٠٤ و ٨٣٩) غير ان الاجتهادات الاسلامية جميعا مجمعة على عدم جريان التماطي

(١) اجتهاد الشافعية ، في الاصل ، انه لا يسوغ البيع بالتماطي دون لفظ ، ثم جوزه متأخروهم لشيوعه والحاجة اليه في خسيس الاموال ، أي رخيصها ، دون نفيسها •

والاجتهاد المالكي والحنبلي كالاجتهاد الحنفي في التماطي • وقد نقل عن مالك أنه قال : « يعتقد البيع بما يعتقد الناس بيعا » •

وقال موفق الدين بن قدامة الحنبلي في الاستدلال الشرعي للتماطي في كتابه « المغني » ما نصه :

« ولنا ان الله أحل البيع ولم يبين كيفيته • فوجب الرجوع فيه الى العرف كما رجع اليه في القبض والاحراز • والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك • ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه ، مع كثرة وقوع البيع بينهم ، استعمال الايجاب والقبول ، ولو استعملوها لنقل نقلا شائعا ، ولو كان شرطا لوجب نقله » اهـ •

وقد أتى ابن قدامة في هذا المقام بكلام وتفقه نفيس ، فليُنظر في المغني والشرح الكبير ج/ ٤ / أول البيوع •

في عقد النكاح ، لان للنكاح اعتبارا دينيا متصلا بالقيدة في طريق استحلال المتعة الزوجية لا يفي فيه عن اللفظ شيء ، كما ان للشرع نظرا في تمييز الزواج المشروع بين الرجل والمرأة عن العلاقة الفاجرة تمييزا لا يجلبه ويزيل التشبه من سبيله الا العقد اللفظي ، لان التعاطي لو جرى في الزواج دون لفظ لما تجل نوع العلاقة المقصودة فيه هل هي زواج أو مخادنة كما سلفت الاشارة اليه . (ف/ ١٣٦ ج) .

و يدخل في اللفظ الكتابة فتعتبر في العقد بين الغائبين كالشافهة .

ولكن اللفظ في ايجاب عقد النكاح وقبوله قد يكون حقيقة أو مجازا : فينقد النكاح مثلا بلفظ الهبة ، وبكل لفظ يفيد معنى التملك المؤبد كما لو قالت المرأة للرجل مثلا : وهبتك نفسي على مهر قلده كذا ، فقبل الرجل بحضور الشهود ، فان النكاح ينقد كما تقدم (ر : رد المحتار ٢/ ٢٧١)^(١) .

(١) قد عقد العلامة شهاب الدين القرافي المالكي في كتابه « الفروق » بحثا ضافيا في الفرق بين البيع والنكاح من حيث الانتماء بالتعاطي في الاول دون الثاني ، وبين المذاهب الفقهية وأدلتها في ذلك ، وقال :

« فلهذه نصوص العلماء على اختلافها لم يقل فيها احد بالمعاطاة في النكاح كما قالوه في البيع » .

وقد أسهب القرافي في « فروقه » ، وكذا صاحب « تهذيب الفروق » المطبوع على هامشه في تمثيل هذا الفرق (ر : الفرق / ١٥٧ / من كتاب « الفروق » ومن تهذيبه ج ٣ ص / ١٤٣ - ١٤٥ - / و / ١٨٠ - ١٨٢) .

اقول :

ان جوهر الحكمة الشرعية في عدم جريان التعاطي في عقد النكاح يظهر من الرجوع الى قاعدة يقررها الفقهاء هي :

←

١٦١ - ب - لسان الحال :

وأما الانقباد بلسان الحال فكما لو ترك انسان متاعه بين يدي شخص آخر وذهب ، وذلك الآخر ساكت لم ينهه ولم يتصل من

« ان الاباحة والبذل انما يجريان في الاموال لا في المتعة الجنسية » .

(ر : كتاب الدعوى في رد المحتار ٢/٣٣٤ والبدائع ٦/٢٢٧)
وذلك لان الشريعة الشرعية في استحلل مال الغير هي رضى صاحبه ببذله اما مجانا او بعوض . فلو اباح الانسان ماله لاحد حل هذا المال للمباح له .

بخلاف ما لو اباحت المرأة نفسها لرجل ، فان المتعة لا تحل بينهما بهذه الاباحة ، بل هي السفاح الممنوع .

وعلى هذا الاساس كلن التعاطي كافيا في عقد المعاوضة المالية ؛ لان التراضي على البذل فيها هو المميز بين حالتي اخذ المال بالحق او بالباطل ، وان التعاطي يفيد هذا التراضي بصورة لا تقل دلالة عن لفظ الايجاب والقبول ، فيحصل به المقصود الشرعي .

اما التعاشر الاستمتاعى بين الجنسين الرجل والمرأة فان له حالتين : احدهما مشروعة ، وهي النكاح ، والاخرى جريمة ممنوعة ، وهي المخادنة والسفاح .

وجميع نتائج النكاح الخطيرة في الاموال والانساب وسائر حقوق الاسرة تثبت كلها في الحالة المشروعة ، وتنتفي في الحالة الممنوعة .

ومن الواضح ان الحالتين ، أي الزواج والمخادنة ، تشبه احدهما الاخرى في مظهرهما ؛ وليس التراضي هو المميز بين الحالتين ، لانه موجود في كل منهما ، وهو غير كاف في هذه المعاشرة بين الجنسين ، فان التراضي انما كان كافيا في المعاوضة المالية لان الاموال يجري فيها البذل والاباحة كما تقدم .

فلو جاز التعاطي في عقد الزواج - بأن يدفع رجل الى امرأة مبلغا من المال كمهر بقصد الزواج ، فتتأبمه دون ان يتلفظا بعقد ، وتميش معه ويتعاشران كازواج - لما كان في هذا التعاطي دلالة ظاهرة على أكثر من

حفظه ، فإنه يتنقد عقد الأيداع بينهما بدلالة الحال ، فيصير الشخص الموضوع أمامه وديما مكلفا بالحفظ ومسؤولا عنه إذا قصر فيه .

ولو وضع ماله أمام جماعة كذلك أصبحوا جميعا مستودعين . فلو قاموا واحدا بعد آخر تمين حفظ الوديعة على الأخير . فإذا قام وترك المال حتى ضاع فإنه يضمنه لصاحبه .

وكذا لو دخل إنسان خانا مثلا فسأل صاحبه : أين أربط دابتي ، فأراه محلا فربطها فيه وذهب ، انتقد الأيداع دلالة ، وأصبح صاحب الخان مكلفا بحفظ الدابة ، ومسؤولا عن التقصير فيه . (ر : المجلة ، ومرآتها ، م / ٧٧٣)^(١) .

التراضي على المعاشرة ، أما قصد الزواج فلا يظهر للناظر بهذا التعاطي . ومن مجرد التراضي على المعاشرة لا يكفي في تمييز النكاح عن السفاح كما سلف بيانه ، بل لابد من ظهور التراضي على غرض الزواج المشروع وتحمل نتائجه الشرعية . ولا يظهر هذا الغرض بصورة لا اشتباه فيها إلا بالتعبير اللفظي .

فلذلك أجمعت الاجتهادات الإسلامية على عدم انعقاد النكاح بالتعاطي دون الإيجاب والقبول اللفظيين ، كما كان عقد النكاح هو العقد الوحيد الذي أوجب فيه الشرع الإسلامي شيئا من المراسم الشكلية لصحته بأن اشترط فيه الإشهاد عليه ، واستحسن شهره وإذنته كي يشيع خبره وتنتفي الريبة من اجتماع الرجل والمرأة على حياة مشتركة لا يعرف أساسها ومبناها كما تقدم .

(١) تصرح هذه المادة / ٧٧٣ / من المجلة ، وكذا يصرح الفقهاء أيضا ، بانعقاد العقد في هذه الأمثلة دلالة .

وقد سمينا نحن هذا النوع من الدلالة « لسان الحال » أخذا من فحوى كلامهم . ونقسمنا عندئذ الانعقاد بالدلالة إلى قسمين : الانعقاد بالتعاطي ، ولسان الحال ، كما رأيت ؛ لأن التعاطي الذي يذكره الفقهاء هو أيضا نوع من الدلالة بطريق المبادلة الفعلية (ر : المجلة / ١٧٥) .

١٦٢ - والخلاصة أن العقد في الفقه الاسلامي ارتباط ارادي ،
أداته الطبيعية وطريقه الاصلية اللفظ المبين •

ولكن اللفظ فيه ليس مقصودا لذاته على سبيل الشكلية في العقود ،
بل لانه أفضل ترجمان عن الإرادة بصورة واضحة •

وان الفقهاء عندما يبحثون في عقد من العقود ويذكرون الالفاظ
التي تصلح لانشائه تراهم يصرحون غالباً بأن تلك الالفاظ انما تذكر
على سبيل التمثيل ، وان للعاقدين أن يستعملوا غيرها مما يؤدي الى المعنى
المطلوب •

حتى لو برز اتفاق الارادتين عن غير طريق اللفظ انعقد العقد دلالة
كما في التعاطي ولسان الحال ، مما سلفت الإشارة اليه (١) •

★ (١) يقول الاستاذ شفيق شعاع في رسالته « النظرية العامة
للالتمامات في الشريعة الاسلامية » ، تحت عنوان « نظرية اللفظية » ، ما نصه :

« في الاصل لا شكلية في التشريع الاسلامي • فالمعقد
ينعقد وتنشأ الالتزامات دون حاجة الى طقوس خاصة من
حركات او اشارات او مراسم • ويعتبر هذا من المميزات
الاساسية للتشريع الاسلامي •

ولكن هل معنى هذا أن الإرادة وحدها تولد الالتزام في
التشريع الاسلامي ؟

وقد أجاب المؤلف نفسه على هذا التساؤل بأن الفقهاء لا يتقبلون
بالفاظ مخصوصة في عقد العقود ، بل يسوغون استعمال كل لفظ يؤدي
معنى العقد المقصود ، ثم قال :

ويوجد في الفقه الاسلامي نوع خاص من الشكلية نسميه
« اللفظية » ، وهو اثر من آثار ما كان يخص به اللفظ من
التقديس في المصود الاول ، حيث كان الناس يعتقدون
بالتأثير السحري للكلمات المتلفظ بها •

—■—

ج - العقود العينية

١٦٣ - اتضح مما تقدم أن المقد في الشرع الاسلامي يتم وتثبت احكامه بمجرد الايجاب والقبول .

ولهذا السبب نجد الفقهاء على أشد الخلاف فيما يتعلق بحكم التماطي .
(ر : الرسالة المذكورة ، ف / ١٢٣ - ١٢٧ / ص / ١٣٠ - ١٣٢)

القول :

ان هذا الحكم بلفظية المقد في الفقه الاسلامي وبانها من بقايا عقيدة التأثير السحري للالفاظ في القرون الاولى هو أشبه شيء بالخيالات !!

ونحن الذين عرفنا في الاستاذ الدكتور شفيق شحاته جودة البحث ودقة النظر والتحليل ، وفنر في رسالته هذه جهدا جديدا يستحق التقدير على كل حال ، نستغرب منه مزيد الاستغراب هذه الفكرة التي يغلب ان تكون قد انزلت عليه انزلاقا من مصدر اجنبي لم يدرس الشريعة الاسلامية في منابعها ، ولم يعرف مباني احكامها . وانما ينظر اليها من بعيد كما ينظر الى شبح صرح ناء في صحراء ، فيتخيله شجرة أو بقرة قبل ان يتبينه !

فاين الشككية اللفظية في نظرية المقد الاسلامية ، وقد رأينا ان الفقه الاسلامي قد اقر انعقاد العقود بالتماطي الا في عقد النكاح الذي اشترط فيه اللفظ لغرض تشريعي لا يحققه الا اللفظ المبين عن غاية اجتماع الجنسين الرجل والمرأة ، تمييزا للفاية المشروعة عن الممنوعة ، مما تقدم ايضا (و : ف / ١٥٩) .

والخلاف الاجتهادي في التماطي لم يكن على أشده - كما يظن الاستاذ شفيق شحاته - بل كان من أيسر الخلافات الفقهية ، فقد خالف فيه الشافعية بولا لشكهم في ظهور الارادة فيه ظهورا بينا ، ثم انتهى متأخرو فقهاءهم الى اقراره للحاجة .

على اننا عندما نحكم على الفقه الاسلامي بحكم انما يجب أن ننظر الى اوسع مذاهبه في الموضوع لا الى اضيقها ما دام الاوسع أيضا يمثل تمثيلا

غير أن هناك طائفة من العقود ، لا تعتبر تامة الا اذا حصل تسليم
المعين التي هي موضوع العقد ، ولا يكفي فيها الايجاب والقبول .

صحيحاً نظرية الشريعة من احدى وجهات نظرها الثابتة . وليس المنهج
الاجتهادي الواحد الا فهما لصاحبه لا حكماً على الشريعة .
بل لقد نصر فقهاؤنا على انمقاد العقد بما دون التعاطي دلالة من لسان
الحال ، كما تقدم بيانه (ف/١٦١) .

فاين هذه النظرية العقدية السمحة من عقيدة « سحر اللفظ في
المعصود الاولى » ؟

واما أن الفقه الاسلامي يعتبر اللفظ في عقد العقود أصلاً ؛ وما سواه
من كتابة أو إشارة أو تعامل يعتبره خلفاً عن اللفظ ، فلأن الواقع أن اللفظ
هو الطريق الطبيعية في اظهار الإرادة الجازمة ، ولا يزال هو الطريق
الطبيعية في ذلك . وهذا لا يمنع أن تقبل طرق أخرى خلفاً عن النطق أمّا
اضطراباً كإشارة الأخرس ، أو اختياراً كالتعاطي .

حتى أن الفقهاء قد بينوا صراحة في البيع انه ينعقد بإحدى طريقتين :
أما باللفظ وهو الايجاب والقبول ، وأما بالفعل دون ما لفظ ، وهو التعاطي .
(ر : الدر المختار ، أول البيوع) .

وقد رأينا أن الفقه الاسلامي لم يشترط في عقد من العقود لفظاً ولا
صيغة معينين ، بل جعل كل عبارة ، من حقيقة أو مجاز ، صالحة في كل
عقد متى أعربت عن معناه النوعي المقصود . وإنما رجح الفقهاء استعمال
صيغة الماضي في بناء العقد ترجيحاً لا إلزاماً ، لأنها أدل على الجزم
والتحقق . وكل ذلك يفيد أوضح إفادة أن المنظور اليه فقها في عملية
العقد إنما هو اظهار الإرادة الجازمة ووضوح نوع العقد المراد بلا اشتباه ،
ليحكم بثبوت أحكامه والتزاماته بين المتعاقدين ، وليس اللفظ هو المنظور
اليه لذاته .

ولا يخفى أن النية المجردة الباطنة لا ينشأ بها فعل وهي في حين
البطون ولو كانت عزيمة جازمة . فمن عزم الطلاق أو البيع لا يعتبر مطلقاً
أو بائناً ، بل لا بد من وسيلة حسية تبرز الإرادة بصورة يستطيع للقضاء

وتسمى هذه العقود بلمة الحقوق اليوم : **العقود العينية** ، أي التي يتوقف فيها تمام الالتزام على تسليم العين ، وهي خمسة :

أن يمسك بها ويبنى عليها • وهذا من بديهيات الفقه والقانون (ر : رد المحتار ١٣/٤) •

فاللفظ في كل تشريع هو تلك الوسيلة الأصلية في اخراج الإرادة الى حيز الوجود الحسي • ولكن بعض الشرائع قد تضيف اليه مراسم شكلية صورية من حركات أو اشارات أو أفعال تقليدية مخصوصة لا يعتبر العقد منعقدا بمجرد اللفظ دونها ، كما كان عند الرومانيين •

وبالكتابة أخذت اللفظ تمتاز عليه بالثبات والضبط ، وتلحظ عنه في الدلالة على جزم الإرادة أحيانا ، لأن الإنسان قد يكتب للتجربة أو للاحتياط والتهيز وهو متردد بعد في الإبرام والتنفيذ • (ر : الزيلعي ٢١٨/٦) •

ولكن إيجاب الكتابة في العقود بوجه عام خرج عظيم لا سيما في الحاجات الثقافية اليومية ، بل قد تتمتع في محيط أو في زمن تغلب فيه الأمية • فليس من شأنها أن تكون هي الطريقة المقدية الأصلية في تشريع عام دائم يجب أن يبنى على الممكنات الثابتة • فلذا بقيت الكتابة طريقة استثنائية في نظر الفقه الإسلامي تنوب عن النطق نيابة ، ويترك أمرها للائزمنة والإمكانة في شرائط اعتبارها •

ولكن قد تعتبر الكتابة في بعض الشرائع هي الأصل في إثبات بعض العقود ، ولا يخفى أن الإثبات غير الإنعقاد •

وقد توجب النظريات الحقوقية وبعض القوانين المدنية اليوم كتابة بعض أنواع العقود في صك لتأخذ أحكامها وتوجب التزاماتها ، ولكن هذا أيضا إيجاب شكلي استثنائي • على أن الصك ليس في الحقيقة هو العقد وإنما هو اقرار خطي بوقوعه •

على أنه إذا لم يكن النطق هو الوسيلة الأصلية في عقد العقود ، وما سواه من الوسائل البيانية خلف ، فأي وسيلة سواه من إشارة أو تعامل أو غيرها أحسن أفصاحا عن الإرادة الجازمة لتكون أولى بهذه الأصالة من النطق •

• الهبة ، والاعارة ، والايناع ، والقرض ، والرهن •

• ويحل الفقهاء اشتراط القبض لتامها بأنها تبرع •

وعلى هذا الاساس وضعت القاعدة القائلة : « لا يتم القبرع الا بالقبض » (م/٥٧) •

فالمقد اللفظي في هذه المواضع يعتبر قبل القبض عديم الاثر :

ففي الرهن مثلا لا يستطيع الدائن المرتهن اجبار المدين على تسليم الرهن بموجب العقد ان لم يسلمه طوعا • ولكن اذا سلمه تم الالتزام ، فلو اشترده الراهن بعد ذلك بلا رضى المرتهن فلهنا أن يجبره على اعادته •

وكذا الموهوب له لا يستطيع اجبار الواهب على تسليم الموهوب •

فالتنفيذ في هذه العقود العينية هو المولد لآثار العقد ؛ والارادة لا تعتبر ظاهرة باللفظ وحده دون هذا التنفيذ •

على أنه يستثنى من نظرية العقود العينية هذه عقد الوصية ، فهي هبة مضافة الى ما بعد الموت • فبمجرد وفاة الموصي وقبول الموصى له أو عدم رده بعده الوفاة تم الوصية ويصبح المال ملكا له بلا حاجة الى

وأي تشريع قديم أو حديث الى اليوم يرى أن الكتابة أو الإشارة أو أي وسيلة أخرى غير النطق هي الطريق الطبيعية الاصلية في عقد العقود بوجه عام ، وان النطق فيها خلف وفرع ، فلا يقبل من الانسان شراء خبزه ولحمه وثوبه وسائر حاجاته اليومية من اسواقها بلسانه الا استثناء ١٩

فطبيعة الحال في الاعراب عن الارادة المجازمة هي الداعية الى اعتبار النطق أصلا في العقود ، وليست هي عقيدة التأخير السعري للاظهار !!

تسليم ، لأن الشخص المنشئ للوصية لم يعد يتصور منه بعد الوفاة تسليم ،
فبنيت الوصية على التسامح والاستثناء من القواعد القياسية في كثير من
أحكامها ، تسهلا لأعمال البر والخير .

الفرع الثالث

الشرائط العامة لانعقاد العقود

التمييز بين الشرائط العامة والخاصة

- الشرائط العامة السبع وإيضاحها -

نتيجة فقدان شيء من شرائط الانعقاد .

١٦٤ - رأينا في البحثين السابقين مقومات العقد ، وهي العاقدان ،
والمحل ، والموضوع ، والأركان ؛ وألمنا بما يتصل بهذه المقومات من
مباحث عامة .

وكل من تلك المقومات تشترط له شرائط شرعية يجب أن تتوافر فيه
ليتم تكوين العقد وانعقاده .

وشرائط الانعقاد هذه في العقود نوعان :

- شرائط عامة ، وهي التي يجب أن يتوافر وجودها في كل عقد .

- وشرائط خاصة ، وهي التي يشترط وجودها في بعض العقود
دون سواها ، فإن بعض العقود قد احتصنها الشرع بشرائط إضافية
علاوة على الشرائط العامة ، كاشتراط التمسك لانعقاد النكاح دون
غيره من العقود ، وكالتسليم في العقود الهينة كما تقدم ، وكعدم
تعليق العقد على شرط في الماوضات والتملكيات كاليصح والهبة ،

فإن التعليل يبطلها كما سنرى في بحث الشروط القسدية
(ر : ف / ٢٩١ - ٢٩٢) •

فذلك الشرائط الخاصة ببعض العقود تذكر معها في أبوابها •

أما الشرائط العامة التي هي موضع بحثنا هنا فسيج شرائط ، هي :

١ - أهلية المعلقين •

٢ - قابلية محل العقد لحكمه •

٣ - أن لا يكون العقد ممنوعا بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان •

٤ - أن يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة به •

٥ - أن يكون العقد مفيدا •

٦ - بقاء الإيجاب صحيحا الى وقوع القبول •

٧ - اتحاد مجلس العقد •

واليك ايضاح هذه الشرائط فيما يلي :

١٦٥ - (اولا) - أهلية المعلقين :

والمراد بها أن يكون الماقدان متممين بالصفات التي تسوغ لهما شرعا
مباشرة العقد •

فمن ليس بأهل أصلا لممارسة العقود مطلقا ، كالمجنون ، والصغير
غير المميز ، لا ينقد عقده •

وقد تنقص أهلية الممارسة نقصانا ولا تكون مدعومة ، فيحتد تختلف
آثار نقصانها في أنواع العقود •

وسنرى تفصيل ذلك في نظرية الأهلية التي سنفرد لها بابا خاصا •

١٦٦ - (ثانياً) - قابلية محل العقد لحكمه :

فلا ينقذ بيع ما ليس بمال شرعاً كالجففة مثلاً ، ولا بيع المسال الموقوف ، لأن نتيجة البيع تمليك المال المبيع للمشتري ، وإن المال الموقوف محجور عن التملك والتملك إلا في حالات خاصة على سبيل الاستبدال ، فلا ينقذ بيعه في غيرها لعدم قابلية المحل ، بخلاف الأجرة فإن المال الموقوف يقبلها فتقصد عليه .

وكذلك لا ينقذ رهن الأموال التي يتسارع إليها الفساد كالخضراوات الطازجة ، والجمد^(١) (أي الجنيد) ، لأن حكم الرهن احتباس المهرن لأجل استيفاء الدين منه عند عدم الأداء في ميعاده ، وهذه الأموال لا تقبل الحفظ والاحتباس مع بقاء منافعتها .

١٦٧ - (ثالثاً) - أن لا يكون العقد ممنوعاً بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان :

وذلك لأن العقد الممنوع شرعاً تحت طائلة البطلان يعتبر في نظر الفقهاء غير مشروع من أصله ، منافياً للنظام الشرعي العام .

فلا تنقذ الهبة من مال الصغير القاصر ، ولا بيعه بغير فاحش ، سواء أكان الواهب والبائع هو الصغير أو وليه أو وصيه أو القاضي نفسه بمقتضى سلطته العامة عند عدم الولي الخاص .

وذلك لأن التبرع من مال الصغير لا يملكه أحد ، والبيع بغير فاحش كالتبرع . فكان هذا العقد مما ليس لأحد سلطة عقده بحسب موضوعه ، فيصدر باطلاً . حتى لو بلغ الصغير فأجازه لا تعتبر إجازته ،

(١) الجمد (يفتح فسكون) الماء المتجمد من البرودة .

لأن الباطل لا يجز (كما سنرى في بحث البطلان من نظرية المؤيدات) ،
بل عليه أن يجدد عقده بعد بلوغه ان شاء • والقاعدة الفقهية في ذلك :

ان كل عقد يصدر ، ولا يوجد من يملك حق اجازته وانعقاده
عند صلوه ، يكون باطلا • (ر : البدائع ١٤٩/٥ - ١٥٠) •

والفقهاء يعمرون في تحليل بطلان هذا النوع من العقود : بأن
الولاية الشرعية متفية فيه • ويقصدون بالولاية الشرعية في هذا المقام
أن يكون هناك من يملك شرعا سلطة ابرام هذا العقد ولو كان غير
الشخص الذي تولى عقده فعلا • فإذا لم تكن هذه الولاية بهذا المعنى
متوافرة كان العقد باطلا غير منعقد •

وهذا بخلاف الولاية الشخصية وهي أن يكون شخص العاقد
ذا سلطة شرعية ، بأن يكون مالكا أو نائباً عن المالك كالوكيل والوصي ،
فإن هذه الولاية الشخصية ليست شريطة انعقاد ، بل ينعقد عقد
الفضولي عن غيره ولكن يكون نفاذه متوقفا على اجازة صاحب حق
التصرف الصناعي •

ويلحظ في هذا المقام أن العقد الممنوع شرعا تحت طائلة البطلان
قد يمود سبب المنع فيه الى طريقة العقد كبيع الملامسة ، والمناسبة ،
واقاء الحجر ، مما منعه النبي عليه السلام في الماضي (ر : ف/١٣٦) ؟
أو يمود الى محل العقد كبيع المخدرات للاستعمال المحرم ، وكالاستئجار
على فعل الماضي أو ارتكاب الجرائم ؟ أو يمود الى موضوع العقد
كالتبرع من مال القاصر • فكل هذه العقود باطلة مهما كان سبب المنع

الشرعي فيها بعد أن يكون المنع تحت طائلة البطلان صراحة في النص أو استنتاجاً أو قياساً^(١) .

ومثل ذلك أيضاً لدينا في سورية اليوم كل عقد يعقد بالنقود الذهبية، فإنه باطل بعد أن منح التعاقد بها بقانون خاص^(٢) .

(١) وقد كان مثل ذلك لدينا في الاحكام القانونية ، منذ العهد العثماني ، العقود المنشئة للحقوق العينية على العقار من بيع أو رهن وغيرهما . فقد اوجب القانون العثماني اجراء جميع هذه العقود العقارية في دائرة المكتب العقاري وتسجيلها في سجله الرسمي تحت طائلة البطلان . فلا تعتبر العقود العقارية اذا عقدت خارج السجل العقاري ولو كتب بها صك ، ولا يلزم التاكد عن تنفيذها وتسجيلها ، لبطلانها .

وعلى هذا درج الاجتهاد القضائي لدينا في فهم نصوص قانون الملكية العقارية ذي الرقم / ٣٣٣٩ / الصادر في عهد الانتداب الفرنسي سنة ١٩٣٠ / م .

غير ان الهيئة الجديدة لمحكمة التمييز السورية (محكمة النقض) قد عدلت أخيراً عن الاجتهاد السابق في فهم نصوص هذا القانون الاخير فقررت ان جميع هذه العقود العقارية تعتبر صحيحة في ذاتها ولو عقدت سراً ، ويصح الادعاء بها وتلزم عاقدتها قضاءاً بالتسجيل ، ولكن لا تنتقل الملكية بهذا العقد بين العاقدين ، ولا يسري مفعول العقد على غيرهما الا من تاريخ التسجيل .

(ر : القرار التمييزي الصادر في ١٨ ربيع الاول ١٣٦٨ هـ - ١٧ كانون الثاني / ١٩٤٩ ، تحت رقم / ٣ / أساس حقوق / ٤٦) .

وهذا ما اخذ به وقرره أيضاً القانون المدني السوري الذي صدر لدينا في سنة ١٩٤٩ / م خلال الطبعة الثالثة من هذا المجلد الفقهي .

(٢) هذا القانون قد صدر عن المفوض الفرنسي في ٢٦ كانون الثاني سنة ١٩٤٠ م تحت رقم / ١٨ ل ر / في عهد الانتداب الفرنسي على البلاد السورية والليبية ، ولا يزال معمولاً به الى اليوم . فقد اعتبر التعامل بالذهب لاغياً ، واوجب في العقود السابقة أن يدفع مقابل الذهب الملتزم به ورقاً نقدياً سورياً بمعدل السعر الرسمي الذي تديره المفوضية الفرنسية .

ويجب أن يلحظ أيضا في هذا المقام أن مجرد النهي الشرعي عن عقد من العقود ، ولو بنص خاص صريح ، لا يستلزم أن يكون العقد مموعا تحت طائلة البطلان ما لم تتم قرينة على هذه الطائلة (الجراء) في قصد الشارع . فمجرد النهي الشرعي عن عقد في نظر الاجتهاد الحنفي تارة يكون أثره عدم الانقضاء ، وتارة يكون العقد منقذا رغم مخالفة النص ، ولكنه مختل اختلالا يسمى « فسادا » ، كما سنرى في بحث البطلان والفساد من نظرية المؤيدات التشريعية .



وقد جاء فيه التعبير والترجمة بلفظ « التمهيدات Engagements المقودة بالذهب » .

وقد تخبط لدينا انقضاء الاجنبي الزائل والوطني العاصر كثيرا في تطبيق هذا القانون ، حتى قضى بعض الحكام بأن الودائع الذهبية لا يكلف الوديع باعادتها عينا بل باعادة ما يعادلها من الورق النقدي بحسب التسعيرة الرسمية لا بسعر السوق . وبذلك يضيع على المودع أكثر من نصف قيمة الوديعة ، لان التسعيرة الرسمية لقيمة الذهب بالورق النقدي للسوري أقل من نصف السعر الواقعي في السوق .

وهذا خطأ ، والصواب أن المراد بلفظ « التمهيدات » الموارد في القانون المذكور إنما هو التمهيدات التي يكون تنفيذها ناقلا للملكية ، كالبيع والاجارة والصلح ، حتى النكاح اذا عقد على مهر بائنقود الذهبية ، وسائر المعاملات التي فيها تعهد بأداء مال يخرج من ملك ويدخل في ملك آخر .

فلا يشمل هذا عقد الايداع بل يجب أن تعاد الوديعة الذهبية عينا ، لان التعهد باعادتها ليس فيه نقل ملكية ، بل هي واجبة الحفظ على ملكية صاحبها المودع ، بدليل أن القانون المذكور لم يعتبر النخب مادة ممنوعة الاقتناء وواجبة المصادرة ، بل منع التعامل به . فمن كان يحق له اقتناء الذهب وحفظه بنفسه يحق له حفظه ايداعا بواسطة غيره ، فيلزم الوديع رد عينه . وبذلك تزول بعض مظالم هذا القانون وسيئاته .

١٦٨ - (رابعا) - أن يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة به :

بينما أول هذا الفرع أن شرائط الانعقاد نوعان : عامة وخاصة
(ر : ف / ١٦٤) •

فيشترط بوجه عام لانعقاد أي عقد من العقود أن تتوافر فيه شرائط انعقاده الخاصة التي يتطلب الشرع توافرها فيه إن كان له شرائط خاصة به مطلوبة شرعا فيه دون غيره من العقود •

وذلك كالشهود مثلا في عقد النكاح فإن الأشهاد شريطة فيه دون غيره • فلا ينقد النكاح إلا إذا توافرت فيه - إلى جانب بقية الشرائط العامة - هذه الشريطة الخاصة به •

وكذلك العقد العيني مثلا ، فإنه لا يتم انعقاده إلا إذا حصل فيه ، علاوة على الإيجاب والقبول ، تسليم الشيء محل العقد • وهلم جرا •

١٦٩ - (خامسا) - كونه العقد مفيدا :

فلا ينقد الرهن مثلا في مقابل الأمانة كما لو أخذ المودع رهنا على الوديعة لقاء الوديعة ، لأن الوديعة أمانة غير مضمونة على الوديعة فإذا هلكت بلا تعد ولا تقصير منه في حفظها لا يحق لصاحبها المودع أن يستوفي قيمتها من الرهن ، فكلان الرهن غير مفيد •

(ر : رد المجتار في الرهن ٣١٧/٥ وفي الوقف ٣٦٧/٣) •

وكذا لا يعتبر ، في قواعد الاجتهاد الحنفي ، التعاقد بين اثنين على عدم الاشتغال في التجارة مثلا ، لأن حرية الإنسان في اختيار الوسيلة المشروعة لاكتسابه هي من النظام العام في الاسلام ، وهذا العقد لا يقيده ، فيكون غير مفيد •

وكذلك لا يعتبر التعاقد على عوض يأخذه أحد العاقدين لقاء أمر واجب عليه شرعا بدون عقد ، كما لو تعاقد على أخذ عوض لقاء كفه وامتناعه عن فعل جريمة ، فهذا التعاقد باطل لا يستحق فيه عوض ، لأن الشخص ملزم شرعا بهذا الامتناع من غير حاجة الى عقد .

وعلى هذا يقرر الفقهاء في قواعد عقد الصلح أن الصلح على بقاء ما هو مستحق البقاء باطل ، فإذا دفع فيه بدل فللدافع استرداده .

(ر : ه الفوائد البهية في القواعد الفقهية ، للشيخ محمود حمزة ص/١٤٨) .

ويقررون أيضا في الاجارة انه لا ينقذ استئجار الرجل زوجته على خدمة بيت الزوجية وادارته بأجرة شهرية لأن هذه الادارة يوجبها الشرع عليها ذيانة بحسب استطاعتها دون تعاقد . وبوجه عام يقررون عدم جواز استئجار شخص للقيام بشيء من الواجبات الدينية التي يجب عليه القيام بها قبل التعاقد . وقد استثنوا من ذلك جواز الاستئجار على الاذان والامامة وتعليم القرآن للضرورة ، ولم يجيزوه على قراءة القرآن (ر : البدائع ١٩١/٤ - ١٩٢) .

١٧ - (سادسا) - بقاء الايجاب صحيحا الى وقوع القبول :

فرجوع الموجب عن ايجابه قبل أن يقبل الطرف الآخر مبطل للايجاب ، فلا يعتبر القبول بعده . وكذا وفاة الموجب أو زوال أهليته قبل القبول .

وهذا قد يكثر في حالات التعاقد بالكتابة بين الفائنين ، فقد يرسل شخص كتابا يتضمن ايجاب القصد من طرفه ، ثم يموت أو يجن قبل وصول الكتاب ، فلا يعتبر عندئذ قبول المرسل اليه عندما يصل

إليه الكتاب وبقروءه ، لانهدام الإيجاب المبني عليه بوفاء الموجب قبل
وفاء القبول .

١٧١ - (سابعا) - انعقاد مجلس العقد :

مجلس انعقد هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض
في العقد ، ففعل الإيجاب اذا انفض المجلس قبل القبول ، ولا ينعقد العقد
بالقبول بعد ذلك ، بل يعتبر هذا القبول إيجابا جديدا يبدأ به مجلس
جديد .

ونظرية مجلس العقد هذه تحدد أجلا للقبول يكون للقبول فيه حق
التروي ، فيقبل في خلاله ، دون اضطرار الى القبول فور الإيجاب .

وتعليل ذلك أن القبول في الاصل ، من الوجهة النظرية ، يجب أن
يتصل بالإيجاب مباشرة وفورا لينعقد العقد^(١) .

ولكن لصعوبة ذلك جعل فقهاؤنا للعقد مجلسا تعتبر ساعاته وحدة
زمانية .

وعن هذا قال الفقهاء : « ان المجلس يجمع المتفرقات » .

(ر : البدائع ١٣٧/٥ ، والهداية أول السور ٤٦٠/٥) .

(١) وهذا ما ذهب اليه الاجتهاد الشافعي ، فاشتراط فورية القبول
بعد الإيجاب ليتحقق الارتباط الشرعي . وفي هذا ضيق وجرح ، ولكنه
يناقله أن الاجتهاد الشافعي قد أخذ بهيئته خيال المجلس لكلا المتعاقدين بعد
العقد في البيع واشباهه من العقود اللازمة القابلة للفسخ ، فيثبت لكل من
الطرفين حق فسخ العقد ما داما في اجتماعهما لم يفترقا عن المجلس ، كما
سيأتي (ر : ف/١٩٦) .

ويحدد مجلس العقد بفترة تبدأ منذ الإيجاب ، وتنتهي اما بالاتفاق وانقضاء العقد ، واما بانقراض الطرفين ، أو باعراض أحدهما ، كما لو قام معرضاً أو اشتغل بشأن آخر .

ولا فرق بين اعراض الموجب القابل في قطع المجلس ، لأن الإيجاب وحده لا يقيد الموجب ، فرجوعه قبل القبول مبطل للإيجاب^(١) .

فإذا كان الإيجاب بالكتاب الى غائب فمجلس العقد انما يبدأ منذ قراءة الغائب للكتاب ؟ فإذا أقبل في مجلسه تم العقد واذا انقضى مجلسه بالاعراض بطل الإيجاب (ر : الهداية وشروحها ٤٦١/٥ ، والانباء ج ٢ الفن الثالث ص/ ١٩٦) .

على أن لهذه القاعدة استثناءات :

أ - فإن قبول الموصى له أو رده يشترط وقوعه بعد وفاة الموصي ؟

(١) يتراعى من نصوص فقهاء المنهجين الحنفى والمالكي في تصوير مجلس العقد انهم يعتبرون فيه غنصرين : « أحدهما » مكان الماقيدين ، و (الثاني) وضعهما ، وهو حالة اقبال الماقيدين على التفاوض . فيختلف مجلس العقد بتبدل أحد هذين الغنصرين :

(أ) - فإذا تبدل مكان الماقيدين بين الإيجاب والقبول يبطل الإيجاب فلا ينعقد بالقبول بعد ذلك ولو ظلا يتفاوضان .

(ب) - وإذا انقطعت حالة التفاوض باعراض أحدهما بعد الإيجاب لم ينعقد العقد أيضا بالقبول بعد ذلك ولو بقيا في مكانهما .

لكننا نرى انه لا يوجد دليل شرعي على الغنصر المكاني فاقصرنا هنا في تصوير مجلس العقد على الغنصر الثاني وهو حالة التفاوض لانه هو الاقرب الى سباحة الشريعة ومقاصدها ، وهو الذي قد تشعر به نصوص فقهاء المذهب الحنبلي اذ يصرحون بأن : « حالة المجلس كحالة العقد » (ر : الشرح الكبير على المقنع ٤/٤) .

ولا يعتبر قبوله ولا رده قبل الوفاة •

ويكفي لاعتباره قابلا بعد الوفاة أن يسكت فلا يرد الوصية • حتى لو مات بلا قبول ولا رد بعد وفاة الموصي كان المال الموصى به ميراثا لورثة الموصي له استحسانا •

ب - وكذا في الوكالة والوقف اذا وكل غالبا ؟ أو وقف على غائب ، فانه يعتبر مجلس علم الوكيل أو الموقوف عليه ؟ فاذا لم يردا فيه الوكالة أو الوقف كنا مبرمين •

١٧٢ - خلاصة عن شرائط الانعقاد وشرائط الصحة :

بينا فيما سبق أن هذه الشرائط السبع التي أوضحناها يتوقف على تحققها جميعا تكوين كل عقد فهي **شرائط انعقاد عامة** •

فاذا فقدت واحدة من هذه الشرائط في عقد من العقود كانت النتيجة عدم انعقاد العقد شرعا وإن وجدت صورته حسا ؟ فيكون وجود العقد كمدمه في النظر الشرعي ، فلا ترتب عليه النتائج والالتزامات التي رتبها المشرع على انعقاده •

وعندئذ يسمى العقد في اصطلاح الفقهاء : **عقدا باطلا** •

وهناك شرائط شرعية سوى هذه تسمى : **شرائط الصحة** اذا فقد شيء منها لا يبطل العقد ، بل يكون منعقدا ، لكنه يعتبر مختلا في بعض النواحي الفرعية منه غير الأساسية • وذلك كجهالة أحد البدلين في عقد البيع ، أو جهالة الاجل المشروط لبعض الالتزامات في العقد كما لو تباع اثنا عشر دون تحديد الثمن أو تباعيا بثمن مؤجل دون تحديد الاجل ، اذ يوقع تنفيذ مثل هذا العقد في نزاع مشكل بين الطرفين يتعذر على القضاء

حله ، لان الجبهاته حجه لكل من الطرفين في التمسك بالاكتر أو بالاقل ،
على حسب مصلحته •

وعندئذ يكون العقد بنحو هذا الاختلال مستوجبا للفسخ ، ويسمى
عقدا فاسدا ، في نظر الاجتهاد الحنفي •

وشرائط الصحة معظمها شرائط خاصة يشترط منها في كل عقد
ما لا يشترط في غيره • وان فهم مبانيها اجمالا يتوقف على ايضاح فكرة
الفساد وتناججه مما سنراه في نظرية المؤبدات الشرعية ، فلذا لم تعرض
هنا لبحث شيء من شرائط الصحة •

على أن معظم الاجتهادات الاسلامية ، سوى الاجتهاد الحنفي ، نسب
تفرق بين البطلان والفساد ؛ فتعتبر العقد بين حالين فقط : اما منعفا
صحيحا ، واما باطلا غير منعقد •

الفصل الرابع

الارادة التقديرية

البحث الأول

القسم الارادة

الادارة الظاهرة - الادارة الحقيقية الباطنة

- ١٧٣ - تنقسم الارادة الى قسمين : حقيقية ، وظاهرة •
فاما الارادة الحقيقية فهي الارادة الباطنة التي لا يطلع عليها •

وأما الإرادة الظاهرة فهي التي نبرز بالتعبير أو ما يعوم مقامه
كاشطاطي •

١٧٤ - (١) - الإرادة الباطنة الحقيقية :

فالإرادة الباطنة وحدها لا نعوم مقام الأفعال والأنشاءات فلا ينعقد
بمجرد النية عقد ولو تصادى الطرفان على وجود نيتهما • ومن نوى طلاقاً
أو وفاء مثلاً لا يصبح بمجرد نيته وعزمته مطلقاً ولا واقفاً • فكل ما كان
فعلاً لا يتم بمجرد النية •

ولكن للنية تأثيراً توجيهياً معتبراً شرعاً في وصف ما تصاحبه ، فإذا
صاحبت فعلاً أو تركاً صفتها بصيغة وأكسبته صفة يترتب عليها حكم مدني
مختصيص في نظر الشريعة^(١) . (ر : الأشباه والنظائر ، الفن الأول ،
ص / ٤٣) •

وعلى هذا فإن السكوت لا يعتبر في الأصل قبولاً ، وكان من
القواعد أنه لا ينسب إلى سالك قول (المجلة / ٦٧) •

وإذا كان الفقهاء قد انتهوا إلى تصحيح التناقد في بعض الأحوال

(١) مثال ذلك أن نية التملك في أحرار المباحات تجعل الأحرار مكسباً
للملكية • وفي أحكام الضمان قالوا أن الوديع إذا استعمل الوديعة المؤمن
على حفظها اعتبر معتدياً عليها فيضمنها إذا تلفت كالفاسب • فإذا تركها
وأعادها إلى الحفظ ناوياً أن يعود إلى استعمالها يبقى غاصباً ضامناً لها إذا
تلفت. ولو كان تلفها بدون صنعته أو تقصيره •

وأما إذا تركها وحفظها بنية الكف عن استعمالها فإنه تزول عنه صفة
التعدي ويعود أميناً ، فلا يضمنها إذا تلفت •
وفي الجنايات تعتبر أئنية هي الأساس الشرعي في التمييز العمد من
الخطأ ، ويجري فيها تحكيم القرائن (ر : المجلة / ٢ وشروحه) •

دون ما لفظ فما ذلك منهم الا بعد الاستيثاق من وجود عمل ظاهري أو
 قرينة تقوم مقام اللفظ ؛ كما في بيع التعاطي الأنف الشرح ، فإن فيه
 فعلا تنفيذيا قام مقام اللفظ ؛ وكما في تجديد عقد الاجارة بالسكوت اذا عقد
 الطرفان الايجار كمل شهر باجرة معينة ، حيث ينقذ على تسهر
 واحد ؛ ثم كلما دخل شهر جديد ، وهما ساكتان دون فسخ ، تجددت
 الاجارة بينهما •

ولو أنذر المؤجر المستأجر بزيادة الاجرة اعتبارا من الشهر القادم
 فاستمر في السكنى حتى دخل الشهر وهو ساكت اعتبر قبولا ، ولزمته
 الاجرة الزائدة (م / ٤٣٨ و ٤٩٤)^(١) •

وكذا سكوت الفتاة البكر اذا استأمرها - أي استأذنها - ولها في
 عقد نكاحها ، اذ يعتبر سكوتها اذنا وتوكيلا بالعقد استنادا الى دلالة
 العادة والعرف ، لان المتبادر من أمثالها الاستجابة عن اظهار الرغبة
 لا عن الرفض •

والتاعدة في السكوت أنه لا أثر له الا في أنواع من الاسقاطات ،
 كسقوط حق التشفعة بالسكوت عن الطلب ، وسقوط خيار البلوغ بسكوت
 الفتاة عن فسخ النكاح ، كما يعرف في مواضعه •

١٧٥ - ب - الاداة الظاهرة :

وأما الارادة الظاهرة ، وهي التعبير عن الإرادة الحقيقية بكلام أو
 بفعل صادر من المتعاقد المختار ، فهي المأملة في العقد دون حاجة الى البحث

(١) هذا مقيد لدينا اليوم بقوانين تمديد عقود الايجار التي تمنح
 المؤجر من حق التخلي أو زيادة الاجرة عن النسبة التي عينها القانون ،
 فلا يعتبر اليوم هذا السكوت قبولا ملزما •

عن الارادة الحقيقية الباطنة ، ما دامت تلك الارادة الحقيقية مستورة لا يوجد دليل ينفيها ، فبقى الارادة الظاهرة هي المنفردة في ميدان البيان ؟ فتكون دليلا كافيا على وجود الارادة الحقيقية ، وثبت أحكام القعد بهذه الارادة الظاهرة التي تعتبر عندئذ هي العامل في أصل انعقاد القعد ، وفي تحديد حدوده وقبوده الالتزامية •

ويعد من الارادة الظاهرة في حدود القعد وقبوده ما دلت عليه قرائن الحال ، أو عرف الناس وعاداتهم ، لان للقرائن والاعراف دلالات اضافية ملحوظة يعتمد عليها المتعاقدان ويستغنيان بها عن التعبير والتصريح ؛ فيجب أن تعتبر دلالتها كالتعبير ، ولذا كان لها في نظر فقهاء الشريعة أثر بعيد المدى في تفسير القعد وتحديد حدوده والتزاماته :

– فبعد البيع الذي لم يبين فيه توابع المبيع يدخل فيه ما دلت الحال على دخوله •

ففي بيع البقرة الحلوب مثلا يدخل ، بلا ذكر في القعد ، فلوها المحضر معها الى محل البيع •

– وعقد الاجارة اذا لم يبين فيه مبدأ مدة الاجارة تعتبر المسدة من تاريخ القعد •

– والتوكيل بالشراء يتقيد الوكيل فيه بضمن المثل •

– وتوكيل الحملال غيره بشراء دابة يقع على دواب الحمل لا دواب الركوب •

— وعقد البيع والاجارة وسحوها اذا لم يبين فيه كيفية دفع البدل ،
وكانت عادة الناس فيه التسيط ، كان البدل مقسطا على حسب عادتهم ؟
وهلم جرا ...

وذلك لان الارادة الحقيقية في جميع ذلك وأمثاله تعتبر ، بدلالة
القرينة أو العرف ، ظاهرة غير باقية في حيز البطون والخفاء ؟ وان
استيعاب الحدود والقيود عسير ، فيفترض فيه اعتماد الماقد على القرينة
أو العرف .

البحث الثاني

خلل الارادة الحقيقية ، وانتفاؤها ، والاشتباه فيها

الفرق بين خلل الارادة الحقيقية وانتفاؤها
والاشتباه فيها ونتائج ذلك :

اولا — نظرية صورية العقود — الهزل
والمواضعة أو التلجئة — المواضعة فني
البدل — المواضعة في الشخص ، أو قضية
« الاسم المستعار » .

ثانياً — نظرية تساوي الازادة أو
عيوب الرضى .

١٧٦ — ان عمل الارادة الظاهرة في انعقاد العقود ، وان لم يحتج
فيه الى البحث عن وجود الارادة الباطنة الحقيقية ، فيتوقف تأثيره اذا ظهر
معه انتفاء هذه الارادة الحقيقية ؟ لان الارادة الحقيقية لم تبقى مستورة في
الخفاء والارادة الظاهرة هي المنفردة في التعبير عنها بل برزت أدلة أخرى
تعارض دلالة الارادة الظاهرة وتثبت انتفاء الارادة الحقيقية أو الاشتباه
والارتياب فيها .

فيجب أن يلاحظ الفرق في هذا المقام بين ثلاث حالات :

(١) خفاء الإرادة الحقيقية (٢) وانتفاؤها (٣) والاشتباه فيها •

— نخفاؤها لا عبرة له ، لأن الإرادة الظاهرة بالإيجاب والقبول
قاست مقامها •

— وأما انتفاؤها فيفيد أن الإيجاب والقبول لم يمبرا تميراً صادقاً عن
القصد إلى العقد •

— وأما الاشتباه فيها فهو حد وسط بين الخفاء والانتفاء عندما تكون
الإرادة الحقيقية مفروضة الوجود ولا دليل على انتفاؤها ، ولكنها مشوبة
بعلة مؤثرة تجعلنا في شك من موقف الماقد في الاقدام على العقد لولا تأثير
ارادته بذلك المؤثر •

وبناء على الحالتين الأخيرتين (انتفاء الإرادة العقدية ، والاشتباه فيها)
تولدت نظريتان :

— نظرية صورية العقود •

— ونظرية شوائب الإرادة ؛ لو عيوب الرضا :

أ) — فإذا كان اتفاق الطرفين في العقد ظاهرياً فقط ، وتحقق انتفاء
الإرادة الحقيقية في أصل العقد ، كان العقد صورياً ، أي أن فيه مظهر
العقد وصورته فقط لا حقيقته وجوهره •

ب) — وإذا كانت الإرادة الحقيقية لم يتحقق انتفاؤها ؛ وإنما
وجد ما يجعلنا في شبهة وشك من أمرها كان العقد صحيحاً ، ولكن في
ركنه علة فادحة تضعف الرابطة العقدية ، وتسمى في الاصطلاح القانوني
عيوب الرضى •

وسنعرض أحوال صورية العقود وعيوب الرضى وأحكامها في
المطلبين التاليين :

المطلب الاول

صورية العقود

١٧٧ - تتجلى صورية العقود في حالتين :

(١) - حالة المواضعة أو التلجئة • (٢) - وحالة الهزل •

الشعبة الاولى

المواضعة

فأما المواضعة فهي أن يتفق المتعاقدان سرا على خلاف ما سيعلنان
وتحتها ثلاث صور وهي : المواضعة في أصل العقد ، وفي البذل ،
وفي الشخص •

١٧٨ - أ - المواضعة في أصل العقد :

هي أن يتواطأ المتعاقدان ويتفقا سرا قبل العقد على انهما سيعقدان
العقد بصورة ظاهرية فقط ، ايهاا لغيرهما ، دون أن يكون في الواقع منعقدا
بينهما ، وذلك لأرب لهما أو لاحدهما فيما يعلنان من العقد الكاذب •

وكثيرا ما يحصل هذا من المدنيين ، اذ يبيعون أموالهم مواضعة
لتهريبها من وجه الدائنين ، أو يقدون مديونات وقروضا صورية على
أنفسهم لبعض أخصائهم أو أقاربهم ليزاحموا الدائنين الحقيقيين في اقتسام

مال المدين المفلس ، ثم يعيدونه سرا الى المدين الدين تواطؤوا معه على
المداينة الكاذبة .

وقد يكون الباعث على المواضعة الخوف من جور سلطان ظالم أو
غاصب متسلط ، ولا سيما في الاماكن أو العصور التي يسود فيها الاستبداد
ويضمف سلطان القضاء ، فيلتجئ صاحب المال الى غيره ويتفق معه على
أن يبيعه اياه بما ظاهرا غير حقيقي .

وقد تكون المواضعة واردة على الاقرار بمبلغ أو بعقد لا على انشاء
العقد ، فيقر المورث مثلا لبعض ورثته بدين أو بعقد ليكون ذلك وسيلة
وذريعة لتفضيله في النصيب الارثي على غيره من الورثة .

ولما في المواضعة من تواطؤ سري بين الطرفين تسمى : **مواطاة**
أو تواطؤا . ولما فيها من التجاء الشخص الى غيره بهذا التعاقد ، ليتخذ
من العقد الصوري معه ستارا ظاهريا خوفا على غاصب أو ظالم تسمى أيضا
في هذه الحال : **تلقئة** .

فهذا النوع من المواضعة ، سواء أكان متعلقا بانشاء العقد أو بالاقرار
به ، يجعل العقد والاقرار به باطلين في الواقع ، وإن كانا قائمين في الظاهر ،
وذلك لانتفاء الإرادة الحقيقية من أصل العقد أو الاقرار .

وعند الاختلاف في أن العقد أو الاقرار مواضعة أو حقيقة يعتبر
حقيقيا ، ويؤخذ قضاء بقول من يتمسك به حتى يثبت الطرف الآخر
المواضعة .

ولكل من الطرفين أن يدعي المواضعة ويثبتها ، أو أن يطلب تحليف
خصمه على نفيها .

وللشخص الثالث المتضرر من المواضة كالدائن أو الوارث أن يدعي أيضا بها ويشتها ، ويطلب التحليف على نفيها ، توصلا الى اثبات بطلان العقد أو الاقرار الصوريين .

(ر : البدائع ٥/ ١٧٦ - ١٧٧ ، وتنقيح الفتاوى الحامدية ، ١/ ٢٣٠) .

١٧٩ - ب - المواضة في البذل :

وقد تكون المواضة اما تهدف الى مقدار البذل المتعاقد عليه دون أصل العقد . وعندئذ لا تبطل المواضة العقد ، بل ينحصر تأثيرها في تعديل البذل الظاهر واعتبار ما جرت عليه المواضة في السر .

فقد يتواضع الطرفان على بذل في السر أقل مما يتعاقدان عليه علنا وهذا كثير الوقوع في عقود الانكحة ابتغاء الشهرة والسمة بالمهر الكثير^(١) .

(١) قد فشلت في بلادنا هذه العادة السيئة في عقود النكاح ، فيعقدون على مهور غالية وهم متفقون على مهور سرية معتدلة أقل مما يملنون في العقد رياء وسمة وان أهالي الزوجات مندفعون الى ذلك بعاملين :

- عامل الرغبة في التساهل مع الرجل الكفء الخاطب .

- وعامل الرغبة في سمة غلاء المهر باعتبار انه من مظاهر الشرف !! وهذا في الحقيقة من فساد المقاييس الاجتماعية والعقلية ، فان التساهل في المهور اذا كان مطلوبا شرعيا وعقليا واجتماعيا لتسهيل الزواج وإزالة العراقيل من سبيله فمن الواجب اعلانه ليقتدي الناس بعضهم ببعض في تخفيض مهور النساء ، وبالفوه ولا يجنوا حرجا في ترك تقاليدهم الفاسدة الفارغة ، ويصبح التباهي والتشرف بهذا التساهل في المهور ، لا في الثفالي ، ليكون المنظور اليه انما هو مزلة الخبيث ولفضائله لا كثرة ماله .

وان عادة المواضة هذه في مهور السمة كثيرا ما تنشأ عنها مشكلات قضائية تربك المحاكم في الاثباتات عند الاختلاف في حقيقة المهر وبفاته احد الزوجين أو بوقوع الطلاق .

وكثيرا ما كان الناس يلجؤون الى ذلك في بيع العقار احتيالا لمح صاحب الشفعة فيه من أن يطلب أخذه بالشفعة عندما يرى ثمنه غاليا .

ولكن هذه الطريقة قد زالت اليوم من أساليب الناس في بلادنا منذ صدور قانون الملكية العقارية ذي الرقم /٣٣٣٩/ الذي تنص المادة /٢٥١/ منه على انه عند اختلاف الشفعين ومشتري العقار في الثمن الحقيقي الذي وقص به اشراء يتولى القاضي تحديد القيمة بواسطة خبراء^(١) .

وقد يتواضع المتعاقدان على بدل في السر أكثر مما يعلنان ، ويحصل ذلك في بيع العقار بشفة تخفيف رسوم الانتقال المطروحة على أساس البذل .

ففي جميع صور المواضعة على مقدار البذل يعتبر بدل السر المتواضع عليه اذا صرح الطرفان عند المواضعة بأن البذل الذي سيذكر في العقد هو بدل صوري لا عبرة له .

وأما اذا لم يصرحا بذلك عند المواضعة فالعبرة للبذل المتعاقد عليه علنا ، لانه هو الاصل الظاهر الاعتبار ، اذ كثيرا ما يتفاوض الطرفان على بدل ، ثم يتغير رأيهما فيتفقان في القدر على خلافه ، فلا يبطل اعتبار مقدار البذل الظاهر في العقد الا اذا كانا قد صرحا في المواضعة بعدم اعتباره (ر : البدائع /٥/ ١٧٧)^(٢) .

(١) سبققت الإشارة الى أن حق الشفعة قد انقأ القانون المدني السوري الذي صدر خلال الطبعة الثالثة من هذا المدخل ، فلم يبق لدينا مجال لتطبيق هذا الحكم (ر : ف / ١٠٥ الحاشية) .

(٢) الشروط المتفق عليها قبل العقد اذا لم يصرح بها بعد ذلك حين

١٨ - ج - المواضعة في الشخص ، أو قضية « الاسم المستعار » .

وقد تكون الصورية المتواضع عليها في الشخص المتعاقد لا في أصل العقد ، وذلك كما في الشخص المسخر الذي يتعاقد ويعمل ويكتب باسمه لمصلحته الشخصية في الظاهر ، ولمصلحة غيره في الباطن ، ثم يعلن أن كل عقوده وأملاكه أو بعضها هي في الواقع لذلك الغير ، وأن اسمه فيها مستعار عن اسمه ، وهي قضية : الاسم المستعار .

فالمواضعة هنا إنما هي بين العامل باسمه ظاهراً ، ومن يعمل لمصلحته

المتعاقد ففي سرياتها على العقد اختلاف الاجتهادات . والاصل في الاجتهاد الحنبلي سرياتها . قال شيخ الاسلام ابن تيمية في كتابه : « قاعدة العقود » :

« ان اصل المذهب ان الشروط المتقدمة على العقد كالقارنة له ، فإذا توافقت ثم عقدا العقد مطلقاً حمل على خلاف ما شرط عليه . وهذا غير وثق لا يلزم معه العقد » (ر : « قاعدة العقود » ص ٢٠٤ / الطبعة الاولى ، مطبعة السنة المحمدية) .

ونلفت النظر بهذه المناسبة الى أن هذا الكتاب « قاعدة العقود » لابن تيمية قد نقلنا عن نسخة مخطوطة منه في الطبعة الثالثة من كتابنا هذا « المدخل الفقهي » في غير هذا الوضع .

ثم طبع هذا الكتاب بعد ذلك في مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٦٨ هـ - ١٩٤٩ بمساعي واشراف الاستاذ الشيخ محمد حامد الفتحي . ولكن هذا الاستاذ الناشر قد غير اسم الكتاب فسماه « نظرية العقد » لابن تيمية وقدم له مقدمة تشعير بأنه قد غير اسمه لأن موضوعه هو ما يسميه علماء القانون من الافرنج : « نظرية العقد » .

وقد عزونا نحن الآن الى النسخة المطبوعة باسمها الاصلي لاننا لانقر للاستاذ الناشر هذا التفسير في اسم الكتاب ، اذ لا يجوز له ذلك لاسباب معلومة غنية عن البيان رغم مساعيه المشكورة في طبعه ونشره .

باطناً ، فهي من فيل الوكالة السرية يتواطأ الطرفان على اخفائها ، ويظهر
الوكيل بمظهر الاصيل .

فمندئذ يحل الشخص الحقيقي محل الشخص الصوري ، أي يحل
المستعار له الاسم محل المغير ، فتكون ثمرات العقود والاكتسابات للمستعار
له ، ضمن حدود وقود شرعية وقانونية ترى في محلاتها ، لصيانة حقوق
الأشخاص الآخرين ، خوفاً من أن يتخذ إعلان عارية الاسم وسيلةً لتهديب
المال من بين يدي من تعلق به حقهم ؛ كما لو أقر بذلك المريض
مرض الموت ، أو الفلاس .

وقد تناولت المجلة مسألة الاسم المستعار وبينت حكمها اجمالاً في
الفصل الثاني من كتاب الاقرار (المجلة / ١٥٩١ - ١٥٩٣) .

الشعبة الثانية

الهزل

١٨١ - الهزل ضد الجد (بكسر الجيم) ، وهو كلام العايب
اللاعب ، أو المستهزئ الذي لا يقصد أن تترتب على كلامه أحكامه
وآثاره الشرعية .

ويتحقق الهزل في التصرفات القولية بأحد طرق :

- اما بتصريح مقارن للعقد من الطرفين أو أحدهما بأن يقول مثلاً :
اني أبيع ، أو أهب ، أو أعير ، هازلاً .

- واما بمواضة سابقة ، بأن يتواضع الطرفان على أن العقد الذي
سيقصدانه هو هزل أو لمب لا يراد حكمه ، ثم يقدا متفاهين على هذا
الاساس .

— وأما بقرائن الحال التي تدل على أن المتكلم هازل أو مستهزئ .
فالهازل ، وإن كان يتكلم بصيغة العقد باختياره ورضاه ، هو عايت
لا يريد الحكم ، بل يأباه .

ولذا يعتبر العقد بالهزل عقدا صوريا باطلا غير منعقد ، فلا يترتب
عليه حكم أصلا . فلو كان فيما لا يفيد انتقال ملكية المبيع ولو قبضه
المشتري ، لانتفاء الإرادة الحقيقية منه^(١) .

والظاهر من عبارات الفقهاء ، أنه عند الاختلاف بين العاقدین
في كون العقد هزلا أو جادا فالقول لمن يتمسك بالجد لانه الاصل
في الكلام ؛ ومن التواعد أن « أعمال الكلام أولى من أهماله » ؛
وللطرف الآخر إثبات الهزل ، كما تقدم بيانه في المواضع ، لان الهزل
ولمواضة أخوان .

(١) اختلف النظر الفقهي في عقد الهازل :

— فقول هو منعقد فاسد ، لكنه لا يترتب عليه حكم ، فالمشتري الهازل
لا يملك المبيع بالقبض . والمستمر الهازل لا يجوز له الانتفاع بالعارية ،
وهكذا .

— وقيل هو باطل غير منعقد ، لانتفاء الإرادة فيه ، بالنسبة إلى أصل
العقد ، بدليل انه لا يترتب عليه حكم باتفاق آراء الفقهاء ، وهذه نتيجة
البطلان .

والمحققون من فقهاءنا على هذا الرأي الثاني ، فهم يذكرون في شتى
المناسبات أن عقد الهازل باطل غير منعقد .

(: انبدائع ١٧٦/٥ ، وفتح القدير للكمال بن الهمام ٤٥٩/٥ ورد
المختار ٧/٤) .

وهذا هو الرأي الاوجه بالنظر إلى المبادئ العامة التي أثبتناها عن
الإرادة العقدية وأقسامها وأحكامها ، فلذا رجحنا هذا البناء على اعتباره
باطلا ، وعدناه في العقود الصورية .

١٨٢ - هذا ، وإن الصورية لباس يمكن أن تلبسه جميع العقود والتصرفات القولية ، فتفقد به اعتبارها وأحكامها ، إلا في ثلاثة لم يقبل التشريع الاسلامي فيها صورية ، بل أعطى فيها التصرف القولي الظاهر نتائج كاملة ، دون نظر الى الإرادة الحقيقية . وهذه المستثنيات الثلاثة هي : **النكاح ، والطلاق ، والعتاق** ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم :

« ثلاث جدهن جد ، وهزلن جد : النكاح والطلاق والعتاق » .

فقد النكاح الجاري بالهزل أو بالمواضة على صورته يصح وينتج نتائجه بين المتعاقدين ، فيخل التمة بينهما ، ويلزمهما بوجابه .

المطلب الثاني

شوائب الإرادة ، أو عيوب الرضى

١٨٣ - نريد بشوائب الإرادة ، كما سلفت الإشارة اليه ، حالات لا يحكم معها بانتفاء الإرادة العقدية الحقيقية ، كما لا يحكم معها بسلامة هذه الإرادة من كل شائبة ؟ بل يوجد آفة أصابت ارادة العاقد ، ولا يستطيع معها اعتبار رضاه صحيحاً كاملاً ملزماً .

وهذه الشوائب في نظر الفقه الاسلامي

أما أن تنشأ عن سبب قد رافق **ولادة الإرادة** ، وأثر في تكوينها أو في توجيهها منذ البداية تأثيراً فاسداً ، كالوليد الذي يولد مشوه الخلق ، كما يرى في حالة الاكراه على التعاقد .

- وما أن تنشأ أحياناً عن سبب « طارئ » غير ملحوظ عند

التماند يؤدي الى اختلال في تنفيذ العقد ، فمعتبر الارادة معية مؤوفة^(١) لانه لم يتحقق التراضي على اساسه ، كما في حالة تلف بعض المبيع قبل التسليم ، فيختل رضى المشتري بالباقي وحده بحصته من الثمن وهي الحالة التي سنها تحت عنوان : **تفريق الصلقة** •

فالسبب الطارئ على الارادة التي ولدت سليمة هو في مثل هذه الحال يرجع على الارادة ويميها كالسبب المرافق لولادتها^(٢) •

وهذه التوائب التي تسمى في الاصطلاح القانوني الحديث : **عيوب الرضى** ، ترجع جميع صورها الى أربع حالات عامة هي :

• **الاكراه ، والظلمة ، والغلط ، واختلال التنفيذ** •

وبعض هذه الحالات يعتبر أصلاً تتفرع منه فروع عديدة •

ويمكننا تصنيف عيوب الرضى هذه الى صنفين :

– **الصنف الاول** : العيوب المرافضة لتكوين العقد ، وهي الثلاثة الاول : الاكراه ، والظلمة ، والغلط •

– **الصنف الثاني** : ما ينشأ من عيوب الرضى بسبب طارئ بعد تكوين العقد لكنه ذو تأثير في الرضى السابق ، وهو العيب الرابع : اختلال التنفيذ •

وستولى في الشعب التالية من البحث تفصيل هذه العيوب بصنفيها وتفاصيلها ، وتلخيص أحكامها :

(١) مؤوفة ، بفتح فـضم على صيغة المفعول ، أي بمصابة بآفة •

(٢) في الفقه الاجنبي لا يعتبر عيباً للارادة الا ما كان مرافقاً لها منذ تكوينها •

الشعبة الاولى

في عيوب الرضى المرافقة لتكوين العقد

(١) - الاكراه^(١)

١٨٤ - ان الاكراه أهم عيوب الرضى في الفقه الاسلامي ، لانه يأسر الارادة ويقسرها مباشرة • والفقهاء يقرّدون له كتابا خاصا ، وأحكاما وآثارا مفصلة ، بالنسبة الى العقود والى سائر التصرفات القولية والفعلية ، من مدنية وجزائية ودينية • والذي يهمنا منه هنا بالدرجة الاولى ما يتعلق بآثره في العقود •

وقبل بيان أحكامه يحسن ايضاح معنى كلمات ثلاث قد بنيت أحكام الاكراه على حدود معانيها وجودا وعدما • وتلك الكلمات الثلاث هي :
الإرادة ، والاختيار ، والرضى :

— فالارادة هي مجرد اعتزام الفعل ، والاتجاه اليه •

— أما الاختيار فمعناه التمكن من ترجيح فعل الشيء أو تركه •

— وأما الرضى فهو الرغبة في الفعل ، والاتّيان اليه •

(١) نظرا لاتحاد الرسم الكتابي بين اسم الفاعل واسم المفعول من الاكراه وهو « هكزه » (يكسر الراء في الثفاعل وفتحها في المفعول • ومنعما لاشتباه المنطق على القاريء كي لا يحتاج الى الاعتماد على المعنى في التمييز بينهما • قد ألزمت في هذا الكتاب أن آخذ اسم الفاعل من « الاكراه » واسم المفعول من « الاستكراه » فنقول في الثفاعل « هكزه » (يكسر الراء) وفي المفعول « مستكزه » (يفتح الراء) اقتباسا من الحديث النبوي القائل « ان الله وضع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه » وقد تقدم ذكره (ج : ف / ٤٧) •

ان جميع الافعال الصادرة من الانسان لا تصدر منه الا عن ارادة واختيار . فيعتبر المرء مريدا لفعله متى اعترمه واتجه اليه . وكذا يعتبر مختارا فيه ما دام متمكناً أن يمتنع عنه ولو أنه سيلحقه من جراء هذا الامتناع ضرر عظيم ، لانه لم يقدم على الفعل الا وقد رجحه على الامتناع اجتنابا للضرر ، وقد كان في امكانه أن يمتنع ويتلقى الضرر .

ولكن الاختيار قد يكون صحيحا سليما ، وذلك اذا كان الفعل منبثا عن ارادة حرة ؟ وقد يكون الاختيار الموجود فاسدا غير سليم ، وذلك اذا كان ترجيحا لاهون شرين أو ضررين . ففي هذه الحال يكون الاختيار موجودا ، والرضى مفقودا^(١) . فيتضح من ذلك :

(أ) - أن الارادة أعم هذه الاحوال .

(ب) - وان الاختيار هو مرتبة أخص من الارادة ؟ لان المرید يكون متمكنا من خلاف ما يريد أو غير متمكن ، أي قد يكون مختارا أو مجبرا .

(ج) - وان الرضى مرتبة أخص من الاختيار ، لان الانسان قد يأتي بالفعل مختارا ، أي متمكنا من عدمه ، ولكنه غير راض به ، أي غير راغب فيه مرتاح اليه ، كمن يقاتل دفاعا عن نفسه لا رغبة في القتال^(٢) :

(١) قال في التوضيح وشرحه (١٩٦/٢) ما نصه : « حقيقة الاختيار هو القصد الى مقدر متروك بين الوجود والعلم ، بترجيح أحد جانبيه على الآخر . فان استقل الفاعل في قصده فاخياره صحيح ، والا ففاسد » .

(١) ر : « أصول الفقه » للشيخ محمد الخضري ص ١٢٧ / الطبعة الاولى ، و « كشف الاسرار » (٣٨٢/٤) وما بعدها ، وكليات أبي البقاء مادة (الارادة) .

- فمن دخل الجندية مثلا في زمنا هذا طائما عندما جاء دوره في نظام اجباري لا يقبل فيه من الرعايا المكلفين بدل مالي عنها فهو مريد لهذا الدخول غير مختار فيه .

- فاذا كان البدل المالي مقبولا منه عنها ، فرجع أن يدفعه دونها وهو كاره فهو في دفعه مريد ومختار ، لكنه فاسد الاختيار .

- فان تطوع في دخول الجندية في نظام غير اجباري أو تطوع في دخولها ثانيا بعدما أداها في نظام اجباري ، رغبة في زيادة أداء الواجب فهو مريد مختار راض .

٢/١٨٤ - تعريف الاكراه وتقسيمه :

بعد هذه الملاحظة الايضاحية نستطيع تعريف الاكراه بأنه :

هو الضغط على انسان بوسيلة مرهبة ، او بتهديده بها لاجباره على فعل او ترك .

يتبين من هذا التعريف ملاحظتان :

- أن للاكراه صورتين : اما أن يكره شخص شخصا آخر بفعل مضر يوقعه به ، فيلتمس المستكره الخلاص عن طريق الاستجابة لما يطلب منه فله دفعا للضرر الواقع .

واما أن يهدده تهديدا بايقاع هذا الضرر به ان لم يفعل ، فيطبع عندئذ تحت تأثير الرهبة دفعا للضرر المتوقع في حالة الامتناع .

ويشترط الفقهاء في صورة الاكراه بالتهديد أن يكون من يقوم بالتهديد قادرا على التنفيذ ، والا لم يكن هناك رهبة ، وفي النتيجة لا اكراه .

والصورة الأولى (حالة الإيقاع) يسميها القانون **اكراهاً حسيماً** .
والثانية (حالة التهديد) يسمونها : **اكراهاً نفسياً** . وهي تسمية حسنة .
٢ - ان الامر المستكره عليه قد يكون ايجابياً أو سلبياً ، أي فعلاً
أو تركاً :

- فمثال الفعل الاكراه على اجراء عقد .
- ومثال الترك اكراه شخص على عدم فسخ بيع مشروط له فيه
الخيار الى مدة محدودة حتى مضت مدة الخيار .
ثم ان الاكراه ، بالنظر الى شدته ودرجة تأثيره بحسب قوة الوسيلة
المرهبة المستعملة فيه ، يقسمه فقهاؤنا الى نوعين :

- **اكراه تام** ، او **ملجئ** : وهو ما كان فيه خشية اتلاف نفس
أو تعطيل عضو ، أو كزن فيه ضرب شديد مبرح ونحوه ، أو حبس مديد
أو قيد مديد^(١) ، أو عمل مهين لذي جاء ، وأمثال ذلك من الوسائل
الشديدة القوة التأثير ، سواء أكان على نفسه أو على من يحرص عليه
كأبيه أو ابنه أو زوجه .

- **واكراه ناقص** ، أو **غير ملجئ** : وهو ما كانت وسيلته لا توجب
الأملاً خفيفاً أو غماً يسيراً ، كضرب خفيف ، أو تهديد به .

وان شئت فقل في هذا التقسيم : **اكراه قوي** ، و**اكراه ضعيف** .
فالأكراه الملجئ ، أو القوي ، يعتبر مفقدا للرضى ، ومفسدا للاختيار .
وغير الملجئ ، أو الضعيف ، يفقد الرضى ولا يفسد الاختيار .

(١) يفسرون المديد هنا بأنه ما تجاوزت مدته يوماً واحداً (رد
المحتار ٨١/٥) .

ويختلف اعتبار الوسيلة مرهبة أو غير مرهبة بحسب حال الشخص:
فما يرهب المريض أو المرأة ربما لا يرهب السليم أو الرجل .

ولا يشترط أن تكون الوسيلة مادية فقد تكون الوسيلة الادبية. أكثر تأثيراً بالنسبة الى بعض الأشخاص . فلو هدد رجل زوجته بالطلاق حتى أبرأته من مهرها أو وهبته شيئاً كان هذا لها اكراها معتبراً . وكذا لو منع ابنته من الزفاف لزوجها حتى اعترفت بقبض ميراثها من أمها (على خلافه في صورة الطلاق) (ر : رد المحتار ١٣٤/٥ - ١٣٥) .

١٨٥ - فالتصرفات القولية كافة يشترط لصحتها ولتفادها الرضى بمعناه السالف انشرح . فلذا يؤثر فيها كلها الاكراه بنوعية القوي والضعيف ، أي الملجئ وغير الملجئ ، فيسلبها قوتها الملزمة أو نفاذها ؛ سواء أكانت من العقود ، أو من تصرفات الارادة المنفردة ، كالإبراء ، والاقرار ، واسقاط حق الشفعة . فلو فعلها انسان مستكرها ، ولو باكرها ضعيف ، كان بعد زوال الاكراه مخيراً بين الامضاء والالغاء (م/١٠٠٦ - ١٠٠٧) .

ويشترط المحققاء في الاكراه ليكون مؤثراً في العقد أن لا يكون الاكراه مشروعاً ، وذلك عندما يكون مجرد عدوان على الارادة بلا حق . فلو كان الاكراه بحق ، أي مشروعاً ، فلا تأثير له ، كاكراه القاضي مدنياً على بيع ماله الزائد عن حاجته لاجل وفاء الدين ، فان للقاضي حق اكراه كل متخلف عن تنفيذ واجب عليه وهو قادر .

وهذه الشريطة في الاكراه - وهي أن لا يكون مشروعاً - تتلاقى مع اشتراط علماء القانون في الاكراه أن تكون وسيلته وغايته غير مشروعتين . فلو كانتا كلتاهما مشروعتين ، كما لو هدد الدائن المدين برفع الدعوى عليه أمام القضاء حتى أكرهه بذلك على اعطائه رهنه ،

فإن هذا الإكراه لا يقدح في سلامة عقد الرهن .

يتضح من جميع ما تقدم بيانه أن الإكراه على إجراء عقد لا يمنع انعقاد ذلك العقد ، لأن الضرر فيه إنما هو ضرر خاص مقصور على الماقد . فيكفي لحماية الماقد المستكره منحه الخيار ، أي حق ابطال عقده ، فإنه قد يرى بعد زوال الإكراه أن ما استكره عليه لا يتنافى مع مصلحته ؟ بل ربما يكون في الواقع راعيا ضمنا في اجراء ذلك العقد .

فلذلك تعتبر الإرادة الحقيقية متفية مع الإكراه كاتفائها في حالات صورية العقد ؟ بل اعتبر الإكراه شبه ظاهرة تورث الارتباب في تحقق الإرادة الحقيقية ، فيقتصر تأثيرها على جعل العقد غير ملزم لماقده ؟ فيكون للماقد بالإكراه الخيار بين تثبيت عقده وإبطاله .

وهذا الحكم محل اختلاف في الاجتهادات الإسلامية^(١) .

* (١) اختلف النظر الفقهي في نوع تأثير الإكراه في العقود ودرجته :

أ - غلب بعض الفقهاء الى أن الإكراه على عقد يمنع انعقاد ذلك العقد ، فيجعله باطلا أصلا .

ب - وذهب أبو حنيفة الى أن الإكراه يفسد العقد إفسادا فقط ، لا بطلا ، وتترتب عليه الأحكام المقررة لفساد العقود (والعقد الفاسد عند الحنفية هو منمقد لا باطل ، لكنه مستحق الفسخ) الا من ناحية واحدة ، وهي انه بعد زوال الإكراه لو أجاز المستكره العقد الذي عقده تحت الإكراه يصبح هذا العقد ويصبح ملزما ، لأن الفساد إنما كان صيانة لمصلحته وحقه الخاص لا لمصلحة شرعية عامة .

وقد سبق أن أشرنا الى ايضاح معنى الفساد اجمالا (ف/ ١٧١) وسنرى تفصيل الفرق بين الفساد والبطلان عند الحنفية في موضعه من نظرية المؤيدات الشرعية (ف/ ٣٦٢ وما بعدها) .

❖

٢/١٨٥ - ويستنتي الحنفية وخدمهم من التصرفات القولية مالا
يؤثر فيها الهزل - أي ما لا تجري فيه الصورية على ما سبق بيانه في

ج - وذهب زفر بن الهذيل ، تلميذ أبي حنيفة ، الى أن الاكراه يجعل
العقد غير نافذ ، فهو كمقد الفضولي صحيح موقوف بالنسبة الى المستكره ،
فيستوقف على اجازته بعد زوال الاكراه : فان أجازته جاز ، وان أبطله بطل ،
لان الاكراه انما يخل بحق المستكره ومصلحته ، فيكفي لحمايته جعل
العقد موقوف التنفيذ على رضاه بعد زوال الاكراه . ومن المتفق عليه في
منهـب أبي حنيفة أن العقد المعقود بالاكراه اذا أجازته العاقد المستكره بعد
زوال الاكراه يجوز ويلزم ، وهذا دليل توقف العقد لا فساد ، لان العقد
الفاسد يفسخ فسخاً ولا يجاز اجازة . (ر : البدائع ١٨٨/٧ ، والهداية
ورد المختار كتاب الاكراه) .

والراي المرجح في المنهـب الحنفي راي أبي حنيفة في فساد العقد
بالاكراه . لكن راي تلميذه زفر كما ترى أقوى دليلاً وأوجه وان المادة
١٠٠٦/ من المجلة المدنية قد تضمن باختصارها راي زفر وبناء حكمها عليه .

وهذا ما عليه النظريات القانونية في الفقه الاجنبي ، فان علماء القانون
يقررون أن العقد مع الاكراه صحيح قابل للإبطال بطلب من العاقد المستكره ،
كسائر العقود المشوبة بأحد عيوب الرضى .

د - وقريب من هذا منهـب المالكية ، فان الاجتهاد المالكي على أن
العقد بالاكراه منعقد صحيح لكنه غير ملزم ، بل للمستكره الخيار في
إبطاله . ويسوون في ذلك بين الاكراه المباشر والفسق . وهو ، أي
الفسق عندهم ، أن يقع الاكراه لا على العقد مباشرة ، بل على سبب آخر
اضطر المضغوط الى العقد ، كمن أكرهه السلطان على دفع مال ظلماً فاضطر
لبيع ماله حتى يؤديه . وهذا يسمى عندهم : بيع المفسوق . واختلفوا في
اشتراط علم المشتري بفسق البائع لجوز له إبطال العقد (ر : حاشية
الحطاب ٢٤٨/٤ والدسوقي ٦/٣) .

هـ - أما الشافعية فقد أخذوا بنظرية البطلان فقرروا : ان العقود
وسائر التصرفات القولية تعتبر مع الاكراه باطلة من أصلها ؛ لان الرضى
عندهم شريطة انعقاد ، وان الاختيار والرضى في نظرهم مفهومان متلازمان ،

صورية العقود : وهو النكاح ، والطلاق ، والاعتاق (ر : ف / ١٨٢) فإن
الأكراه عليها لا تأثير له في نفاذها ، بل تنفذ في حالة الأكراه كما في حالة
الرضى عندهم . وهذا منهم قياس بحاله الأكراه على حاله الهرل الاستثنائية
في هذه العقود والتصرفات .

ولكن في الأكراه على الطلاق مما فيه تبعه ماليه ، يرجع الزوج على
المكره بانهر . وإذا كن المكره للزوج على الطلاق هو الزوج نفسه
سقط مهرها^(١)

فلا وجود لاحدهما دون الآخر ، والأكراه يسلبهما ؛ وإن من يتصرف تحت
الأكراه لم يقصد الى انشاء العقد وإنما قصد الى انقاذ نفسه . فالإلصاق
المعبرة عن الإرادة تفقد في حالة الأكراه دلالتها ، لا فرق في ذلك بين النكاح
والطلاق وغيرهما ، على خلاف رأي الحنفية الذي بسطناه في امكان انفكاك
الاختيار عن الرضى (ر : « الملكية ونظرية العقد » للاستاذ أبي زهرة
ف/ ٢٦٢ - ٢٦٣ / ، والمبسوط للسرخسي ج ٢٤ ص / ٥٦ - ٥٩ /) .

* (١) هذا حكم الأكراه على التصرفات القولية في الاجتهادات .

أما التصرفات الفعلية التي فيها عدوان على الغير فرأي الحنفية فيها
انها ان كانت مما يباح عند الضرورة ، كتصيب مال الغير واتلافه ، فانهما
يؤثر فيها الأكراه القوي ، أي الملجئ ، فيبيحها ، ويكون المكره الحامل
هو المسؤول دون الفاعل . ولا يؤثر فيها غير الملجئ اذ يكفي للمسؤولية
فيها الاختيار الصحيح ، ولا يشترط ارضى . فلو فعلها انسان باكره
غير ملجئ يكون هو المسؤول بالمال دون الحامل المكره ، لنقصان الأكراه
غير الملجئ بالنسبة الى خطورة الفعل المكره عليه ، لانه ليس مفسدا
لاختيار الفاعل .

وإن كانت مما لا يباح عند الضرورة ، كقتل الغير ، فانه لا يبيحه الأكراه
مطلقا وبؤأكراه عليه بالقتل . لكن اذا أطاع الأكراه فقتل من يواد قتله فإن
العقوبة الخاصة وهي القصاص تكون على الحامل المكره لا على الفاعل .

رأي الجمهور في الموضوع :

غير أن جمهور المجتهدين خالفوا الحنفية ولم يقبلوا هذا القياس ، ففرقوا بين الاكراه والهزل في هذه التصرفات الثلاثة التي لا يؤثر فيها الهزل ، وفرروا أن الاكراه يؤثر فيها ويمنع صحتها أو لزومها (على الاختلاف بين الاجتهادات الاسلامية في أثر الاكراه) كما في سائر التصرفات . وذلك بخلاف الهزل ، لان الهازل مختار في مباشرة السبب لكنه لا يريد ثبوت حكمه ، فيمكن اثبات الحكم رغما عنه اذا اقتضت المصلحة التشريعية ذلك .

أما المتصرف بالاكراه فغير مختار ، فلا يسوغ الزامه ، ولا سيما أن نصوص الشريعة صريحة في عدم مؤاخذه الانسان بما استكره عليه .
ورأي الجمهور في نظرنا أوجه وأجرب مع حكمة التشريع^(١) .

٢ - الخلافة^(٢)

١٨٦ - الخلافة في القديمي :

ان يقدح أحد العالمين الآخر بوسيلة موهمة قوية
أو فعلية تحمله على الرضى في العقد بما لم يكن ليرضى
به لولاها .

(١) تلفت النظر الى انه بعد الطبعة الثالثة لهذا المدخل الفقهي العام أصدر الاستاذ العلامة عبد الرزاق السنهوري الجزء الثاني من كتابه الجديد القيم « مصادر الحق في اللغة الاسلامي » وفيه مزيد بسط لنظرية الاكراه في فقه المذاهب الاسلامية ، ولعيوب الرضى بوجه عام ، مقارنة بالفقه الاجنبي فليرجع اليه من يريد مزيدا من التفصيل لا يتسع له هذا المدخل .

(٢) الخلافة : (بكسر الخاء المعجمة) معناها في اللغة الخديعة . وهي

←

وأصل فكرتها الفقهية ما ورد في الحديث النبوي أن حَبَّان^(١) بن
مقذ بن عمرو الأنصاري كان يغبن في المايصات فقال النبي عليه
السلام :

« إذا بايعت فقل : لا خلافة ، ولي الخيار ثلاثة أيام » (٢)

مصدر من « خلبه يخلبه » إذا خدعه بالقول اللطيف . ومنه قولهم سَخَّاب
أو بوق خَلَّاب (بضم الخاء وتشديد اللام المفتوحة ، وازن : سكر) إذا كان
يوهم أنه مطر وهو فارغ (ر : النهاية لابن الاثير) .

ونلفت النظر سلفا هنا الى أننا اخترنا لفظ « الخلافة » عنوانا عاما
لجميع صور الخديعة التي يسميها علماء القانون في نظرية العقد ، وبضم
فقهائ الشريعة الاسلامية « تدليسا » كما سننبه عليه في آخر بحث الخلافة ،
مع بيان سبب ترجيحنا لفظها على لفظ التدليس .

(١) حَبَّان : بفتح الحاء المهملة وتشديد الباء الموحدة .

(٢) هذا الحديث رواه انحاكم في المستدرک من حديث محمد بن
اسحق عن نافع عن ابن عمر ، وقد تلقى جميع فقهاء الشريعة هذا الحديث
بالقبول واحتجوا به لصحة سنده ؛ ولكن اتجاهاتهم في الاستنباط منه
مختلفة :

— فمنهم من يجعله واردا في جواز خيار الشرط في المعاضات المالية ،
كما تقدمت الإشارة إليه في بحث القياس (ر ف ١١/٣ ثامنا) وهذا مذهب
اليه الاجتهاد الحنفي (ر : الهداية وفتح القدير ، باب خيار الشرط ، من
كتاب البيوع ٤٩٨/٥) وهذا الاتجاه تركيز للنظر على الجملة الثانية من
الحديث المتضمنة الارشاد الى اشتراط الخيار مدة من الزمن للتروي .

— ومنهم من ينظر الى الجملة الاولى على انها ذات دلالة مستقلة وهي
منع الخلافة (ي الخديعة) في المعاملات ، ويتخون منه دليلا على أن كل
خديعة يلجأ اليها أحد المتبايعين تجاه الآخر ويترتب عليها زيادة في التزامات
المخدوع أو نقص من حقه فانها توجب له الخيار .

وهذا الاتجاه هو الظاهرة في الاجتهاد الحنبلي (مع الشرح الكبير
على المتق ج ٤ ص / ٦٩ - ٩٠ / و ١١٣) .

فهذا الحديث النبوي قد تضمن جملتين :

- الأولى تمنع في المبايعة كل خديعة ، وهي الخلاصة • وهي منع ثابت بحكم الشرع وإن لم يشترطه المتعاقد ، وإنما ذكره للتنبيه والتحذير • ومقتضى هذا المنع ثبوت الخيار للمخدوع : فإن شاء أمضى العقد وإن شاء أبطله إذا ثبتت الخديعة • وظاهر أن غير البيع نظير البيع في هذا الحكم ، لأن الخديعة ممنوعة شرعا في المعاملات بوجه عام ، وفي جميع الأحوال •

والمقصود من إيجاب هذا الخيار رفع الضرر الحاصل للعاقد من الخديعة •

- والجملة الثانية تنص على خيار التروي المسمى **خيار الشرط** وقد تقدم ذكره في أمثله القياس • وهذا يحتاج إلى اشتراط لأن المقصود منه أن يأخذ العاقد المحتاج إلى التروي والمشورة فرصة كافية يتمكن بها من ذلك • وليس سببه أمرا ممنوعا شرعا كالخداع والنفس • وليس كل عاقد يحتاج إلى هذا التروي ؛ فلذا لا يثبت هذا الخيار إلا لمن يشترطه من المعاقدين •

والخلاصة حالة عامة من شوائب الإرادة العقلية لا تنحصر في صور ووسائل معينة ، بل كل وسيلة من وسائل التمويه على العاقد وإيهامه لجملة على التعاقد تدخل في الخلاصة •

وتجلى الخلاصة سافرة في عدة صور وسائل شاعت بين الناس فخصها فقهاء المذاهب بالذكر ، وبعضها تنولته السنة النبوية بنهي خاص • فمن هذه الصور البارزة في الخلاصة أربع صور مشهورة هي :
الخيانة ، والتناجش ، والتفريغ ، وتقليص العيب •

١٨٧ - أولا - الغيانة :

فالخيانة يصورها الفقهاء في بيع الامانة ^(١) ، كما لو باع شيئا بربح معين على رأس ماله المبيع ، وكذب في بيان رأس المال فقال انه عشرة مثلاً ، وهو في الواقع أقل . فهذا من البائع خيانة قد خلب بها المشتري ليستخلص منه ربحاً أكثر مما اتفقا عليه . فلذا يمنح المشتري في رأي بعض الفقهاء حق ابطال العقد ، وفي رأي آخر يحط من الثمن مقدار الخيانة مع مقدار نسبتها من الربح : فاذا كان مقدار الخيانة ربع رأس المال يحط معها من الثمن ربع الربح المشروط أيضاً (ر : رد المحتار ١٥٥/٤) .

١٨٧/٢ - ثانياً - التجاش :

وأما التجاش ، أو النجش ^(٢) ، فهو أن يتواطأ صاحب سلعة مع شخص ليتظاهر هذا بالرغبة في شرائها ويدفع فيها أكثر من قيمتها وهو لا يريد شراؤها ، بل ليوهم غيره مزاحمة تفريه بالشراء . وقد نهى النبي (ص) عن التجاش ، لانه من قبيح الخلابة .

(١) البيع اما أن يحدد الثمن فيه بين المتبايعين بمفاوضة مستقلة غير منظور فيها الى رأس مال البائع ، وهذا هو « بيع المساومة » ؛ واما أن يحدد فيه الثمن على أساس رأس مال البائع ، وهذا هو « بيع الامانة » .

وعندئذ : ان كان البيع بأضافة ربح محدود من رأس المال سمي : **مزابعة** ؛ وان كان بلا ربح سمي : **تولية** ، وان كان بخسارة محدودة سمي : **وفسعة** .

(٢) النجش (بفتح فسكون ، أو بفتح حين) في الاصل من أعمال الصيد . يقال : نجش الرجل الصيد ينجشه نجشاً ، اذا استشاره وحاشه لتحويله من مكانه الى مكان آخر يسهل فيه اقتناصه (لسان العرب) - ثم استعمل في استشارة حماس المسلمون الى الشراء بالمزاحمة الكاذبة .

والتاجش في نظر فقهاء الشريعة يعيب الرضى ، فيعطى المشتري بسببه حق ابطال العقد بشرط أن يؤدي الى غبن المشتري في الثمن **غبننا فاحشا** ^(١) . هذا ما عليه جمهور الفقهاء والمذاهب الثلاثة (المالكي ، والشافعي ، والحنبلي) . أما في المذهب الحنفي فالتاجش

(١) الغبن (بفتح فسكون) هو أن تظنى مصلحة أحد المتعاقدين على مصلحة الآخر بحيث لا يكون توازن بين ما يأخذ وما يعطي .
وأصله في اللغة من قولهم : **غبن الثوب** ، إذا ثناه فحاطه لاجل تضييقه أو تصغيره . ويمكن أن يقع الغبن من الطرفين في عقود المعاوضة كالبيع والإجارة والمصلح والقسمة ، كما لو باع أحد شيئا بأكثر من قيمة المثل أو بأقل ، فإن النائع غابن في الأكثر ومقبون في الأقل .
والغبن بالنظر الى مقداره يقسمه الفقهاء الى قسمين : غبن يسير ، وغبن فاحش .

الغبن اليسير : هو ما لا يتجاوز حدود التفاوت المعتاد بين الناس في الاسعار ، كما لو بيع شيء بعشرة دنانير مثلا ، ولو عرض على أهل الخبرة يقدره بعضهم بعشرة وبعضهم بتسعة . فالواحد المختلف فيه يعتبر غبنا يسيرا لانه — كما يقول الفقهاء — **يدخل تحت تقويم المقيمين** ، أي يتناوله تقدير بعضهم للقيمة .

وأما **الغبن الفاحش** : فهو ما يتجاوز حدود التفاوت المعتاد في الاسعار، كما لو كان الشيء المباع بعشرة يقدره بعض الخبراء بثمانية وبعضهم بتسعة أو سبعة بحيث لا تدخل العشرة في تقدير أحد من الخبراء . فالفرق بين العشرة وبين أعلى تقدير من خبير أمين هو غبن فاحش .

على أن متأخري فقهاء المذهب الحنفي لجؤوا ، ضبطا للمقاييس القضائية ، الى تحديد الغبن الفاحش بما يعادل نصف عشر القيمة في العروض المنقولة ، **والعشر في الحيوان ، والخمس في العقارات** . فما بلغ من الغبن هذه الحدود فهو غبن فاحش وما دونه يسير . وبهذا أخذت المجلة في المادة /١٦٥/ منها .

ويلحظ أن الغبن اليسير لا تأثير له في نظر الفقهاء غالبا ، لانه لا يمكن التحرر منه فمتى ذكر الغبن في المواطن التي له فيها تأثير يراد به الغبن الفاحش .

لا يعيب الرضى فلا يسوغ إبطال العقد ، ترجيحاً لاستقرار التعامل ،
لكنه مكروه ديانة^(١) كراهة تحريرية (ر : الشرح الكبير ٧٩/٤ ورد
المختار ١٣٢/٤) •

وفقهاء المالكية يجرون قياس التناجش في جانب المشتري أيضاً ، كما
في بيع الزائدة إذا تواطأ المشتري مع منافسه على أن يكفوا عن الزائدة
ليتمكن من شراء السلعة بضمن بخص • ففي هذا أيضاً ينص المالكية على
إثبات الخيار للبائع في إبطال العقد ، لأنه مناجشة من المشتري كمناجشة
البائع • (ر : شرح الخرشي وحاشية الدوى ٨٣/٥) •

٢/١٨٧ - ثالثاً - التقرير :

وأما التقرير فهو في اللغة إيقاع شخص في الغرر (بنتحين) ، أي
في الخطر (ر : لسان العرب) •

والمراد به هنا في اصطلاح الفقهاء : الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية
كاذبة ، لترغيب أحد المتعاقدين في العقد ، وحمله عليه •

ان التقرير ينقسم الى نوعين :

— تقرير في السعر ، ويسميه فقهاء الشريعة : **تقريراً قولياً** •

— وتقرير في الوصف ، ويسمونه : **تقريراً فعلياً** (٢) •

(١) انظر معنى حكم الديانة وحكم القضاء في أول الكتاب (ف/٣-٤) •

(٢) ان فقهاءنا يقسمون التقرير الى **قولي** و**فعلي** ، ناظرين الى الوسيلة
المستخدمة فيه •

١ - التفرير في السعر :

فالتفرير القولي في السعر كما لو قال البائع أو المُوَجِّر ، للمشتري أو المستأجر : ان هذا الشيء يساوي أكثر ولا تجد مثله بهذا السعر ، أو دفع لي فلان فيه كذا فلم أقبل ، ونحو ذلك من المفريات الكاذبة .

فإذا صحب التفرير القولي في السعر غبن فاحش فقد أوجب انفقاه للمغبون حق ابطال العقد دفعا للضرر عنه نظرا الى أن رضاه بما حصل ليس سليما ، بسبب التفرير (ر : رد المحتار) .

ب - التفرير في الوصف :

والتفرير الفعلي في الوصف ، يكون بتزوير وصف في محل العقد يومه المتعاقب في العقود عليه مزية مصطنعة غير حقيقية وذلك كتوجيه البضاعة المعروضة للبيع ، بأن يضع الجيد منها في الأعلى ليكون هو المنظور كالوجه لها ، ويجعل الرديء في الأسفل . وكذا اذا كان ماء الرحي (الطاحون المائي) قليلا ، فحسب بآئها الماء ثم أرسله عند عرضها على البيع ليومهم المشتري أن ماءها - وهو قوتها المحركة -



- ويريدون بالقولي نفس ما أسميناه « تفريرا في السعر » لان اسعار الاشياء ليست صفات منظورة فيها ، فالوسيلة الطبيعية للاغراء في السعر هي الكلام والبيان الكاذب .

- ويريدون بالتفرير الفعلي نفس ما أسميناه « تفريرا في الوصف » لان ابهام الشخص بصفة كاذبة في الشيء يكون بواسطة فعل يومهم في ذلك الشيء صفة مصطنعة .

فلذلك رجحنا نحن في التسمية والتقنين النظر الى الغاية من التفرير . لا الى الوسيلة ، فقلنا : تفرير في السعر ، وتفرير في الوصف ، لانه أوضح وأكثر انسجاما بين الاسم والحكم .

غزير دفاق • ومن هذا القبيل اليوم في عصرنا تلاعب بائع السيارة المستعملة بعداد المسافة فيها وإرجاع أرقامه لإيهام المشتري قلة استعمالها •

ومن أشهر أمثلة التفرير في دواب الحلب التي تقتنى لأجل اللبن تصريه هذه الدواب عند بيعها ، وذلك بأن تكون الشاة أو البقرة أو الناقة قليلة اللبن أو ناضبه ، فيربط صاحبها أخلاق^(١) ضرعها مدة حتى يجتمع لبنها ويحفل ضرعها ، أي يمتلي ، ثم يعرضها للبيع إيهامًا بغزارة لبنها • فإذا حلبها المشتري أول مرة ظهر له بعدها نضوب اللبن • وهي معروفة عند الفقهاء بمسألة : **الشاة المصرة** (٢) •

وقد نهى النبي عليه السلام عن تصرية الأبل والتمن ، وثبت عنه أنه قال : « **بيع المخلات** (٤) **خلاصة** » • وجمهور الفقهاء على أن هذا النوع من التفرير - أعني التفرير الفعلي في الوصف - يوجب للمفروور خيارا في إبطال العقد. ولو لم يصحبه غبن ، لأنه قد يكون مقصوده تلك المصفة الموهمة بها في العقود عليه ؛ فهي صفة ملحوظة عند التعاقد ، فيوجب فواتها الخيار للمعاقد المفروور كفوات الصفة المشروطة •

(١) **الاخلاق** : لضرع الناقة ونحوها كالحلمات لانداء النساء ، مفردها خلف (بكسر فسكون) •

(٢) **المصرة** : (يضم الميم وتشديد الراء المفتوحة) : اسم مفعول من التصرية ؛ وهي في أصل اللغة حبس الماء بسد مجراه ، ثم استعمل لحبس اللبن في الضرع •

(٣) روى هذا الحديث ابن ماجه وابن عبيد البر (ر : الشرح الكبير على المتن لابن قدامة طبعة المنار مع المتن ٨٠/٤) •

(٤) **المخلطة** (بفتح الفاء الممددة) : اسم مفعول من **التحليل** ، بمعنى التصرية والتجميع ، ومنه يقال لمجامع الناس : محافل •

(ر : المني والشرح الكبير ٨٠/٤ - ٨١) (١) .

(١) في قضية الشاة المصرة اختلاف وكلام طويل في فقه المذاهب الاجتهادية . فقد روي في الصحيحين عن النبي (صلى الله عليه وسلم) انه قال :

« لا تصروا الابل والغنم ، فمن ابتاعها فانه بغير النظرين بعد ان يعليها : ان شاء امسك ، وان شاء ردها وصاعا من تمر » .

وقد اختلفت الاجتهادات في ذلك :

- فمنهم من اوجب ردها مع صاع من تمر مطلقا دون نظر الى كمية اللبن المحلوب منها ، عملا بظاهر الحديث .

- وذهب ابو حنيفة الى عدم ردها وانما يرجع المشتري بنقصان قيمتها ان كانت انقص مما اشتراها به .

- وذهب ابو يوسف من اصحاب ابي حنيفة ، في رواية عنه ، الى ان المشتري يردّها مع قيمة اللبن المحلوب لا مع صاع من تمر ، لانه قد يكون اقل او اكثر قيمة . (ر : رد المحتار ٩٦/٤ - ٩٧) .

فابو يوسف يحمل ما ورد في الحديث من رد صاع تمر على أن النبي عليه السلام لحظ تكافؤه مع اللبن المحلوب في تلك الحادثة ، والتمر هو المال الميسور اذ ذاك ففرض به . ولكن الاصل الواجب في التعادل هو القيمة .

وراي ابي يوسف كما ترى ، في هذه القضية ، هو اعدل الآراء واوجهها فقها ، وهو الذي يجب التعويل عليه ، وهو احسن من قول امامه ابي حنيفة بالرجوع بنقصان قيمة الدابة المصرة فقط دون فسخ العقد ، اذ قد يكون غرض المشتري انما هو الصفة الفائتة الموهوم بوجودها في المبيع .

وان المجلة لم تبحث في هذه المسألة ، وكان عليها ان تتناولها وتختار رأي ابي يوسف .

وقد غلا بعض رجال المذهب الاخرى ، ومنهم ابن القيم في كتابه « اعلام الموقعين » في انتقاد قول ابي حنيفة بعدم رد الشاة المصرة .

←

١٨٧/٤ - وأبعا - تدليس العيب :

وأما تدليس العيب فهو كتمان أحد المتعاقدين عيبا خفيا يعلمه في محل العقد عن المتعاقد الآخر في عقود المعاوضة ، كالبيع والاجارة •

وفقهاء الاسلام مجمعون على أن تدليس العيب يوجب للمتعاقد المدلس عليه حقا في ابطال العقد يسمى : **خيار العيب** ، فيرد المبيع أو المأجور المبيع على البائع المدلس أو على المؤجر ، ويفسخ العقد •

وليس معنى ذلك أن المشتري ومن في معناه لا يثبت له خيار العيب اذا لم يكن البائع عالما بالعيب عند البيع ، بل الخيار يثبت شرعا للمشتري على كل حال اذا ظهر في المبيع عيب كان خفيا على المشتري ولو لم يكن البائع عالما به عند البيع ، لان المفروض في كل عقد أن رضي المتعاقد مبني على أساس سلامة محل العقد من العيوب ، وأن المتعاقد الآخر مسؤول بكل عيب قد يبره يظهر في هذا المحل وضامن له ، ما لم يشترط في العقد براءة البائع من هذا الضمان •

والذي أراه لزوم حمل رأي أبي حنيفة على ما اذا كانت الشاة ، رغم التصرية ، ذات لبن كاف لوصفها عادة بأنها لبون ، وانما التصرية فيها لايهام زيادة في لبنها •

أما اذا كانت بعد حلبها لا يجتمع لها لبن صالح لوصفها بأنها حلوب، فلا شك أن أبا حنيفة يقول بجواز فسخ العقد وردها ، لان الزم المشتري بها عندئذ ، ولو مع حق الرجوع بنقصان قيمتها ، ينافي قواعد مذهب أبي حنيفة نفسه في خيار فوات الوصف ، فانه يثبت الخيار بفوات الوصف المشروط شرطا صريحا أو ضمينيا • ولا شك أن الصفة الظاهرة الناشئة عن التصرية هي في قوة اشتراط كون الدابة لبونا •

ومن قواعد مذهب أبي حنيفة أن « المعروف عرفا كالتسروط شرطا » • ولا شك أن قواعد مذهب كسل مجتهد هي التي يجب أن تحكم في تفسير وتفصيل بعض الآراء المروية عنه بصورة مجملة مطلقة •

ولكن البائع ومن في حكمه اذا كان عالما بالعيب فكتمه كان مدلسا للعيب ، وادخلا تحت حكم الغلابة . أما اذا لم يكن البائع عالما بالعيب فهو ضامن له أيضا بمقتضى القصد ، ولكنه ليس بمدلس .

فالفرق بين تدليس العيب وعدمه لا يظهر بالنسبة الى ضمان العيب ، لان ضمانه حكم مشترك في الحالين ، وانما يظهر في بعض أحكام أخرى لها طابع الجزاء ، كما لو شرط البائع في عقد البيع براءته من ضمان العيب ، (أي عدم مسؤوليته عما يمكن أن يظهر من عيوب في المبيع) فرضي المشتري بهذا الشرط اعتمادا على السلامة الظاهرة ، ثم ظهر في المبيع عيب قديم :

أ - ففي هذه الحال اذا كان البائع جاهلا بوجود العيب في مبيعته ، وانما شرط هذا الشرط للاحتياط ، فشرطه هذا صحيح مسقط لضمان العيب عن عهده باتفاق المذاهب الاجتهادية فيعتبر المشتري مشتريا على مسؤولية نفسه ، كما لو كان عالما بعيب المبيع فاشتراه راضيا به .

ب - أما اذا كان البائع عالما بعيب المبيع فكتمه عن المشتري واشترط البراءة من ضمان العيب ليحمي بهذا الشرط سوء نيته ، ففي أقوى الاجتهادات لا يصح شرطه هذا ، ويبقى خاضعا للضمان ، لان شرطه هذا لا للاحتياط ، فهو سيء النية بشرطه هذا فلا يجوز أن يستفيد منه ^(١) .

(١) بهذا قضى الخليفة الثالث سيدنا عثمان (ر ض) ، وبهذا اخذ قانوننا المدني الحالي . والاجتهاد الحنفي على خلاف ذلك يصحح هذا الشرط ويعفى به البائع من ضمان العيب رغم علمه بالعيب وسوء نيته .

(ر : كتابي « عقد البيع في الشريعة الاسلامية » وهو الجزء الخامس من هذه السلسلة ف/١٢٧/ وبداية المجتهد لابن رشد ١٥٣/٢ - ١٥٤)

١٨٨ - خلاصة حكم الخلافة بوجه عام :

بانظر في جميع صور الخلافة التي نقلناها من المذاهب الاجتهادية في الفقه الاسلامي (الخيانة ، والتاجش ، والتفريز ، وتديس العيب) وفي صورها الاخرى الماثلة التي لم نقلها وترى في مصادرنا الفقهية من كتب المذاهب ، يمكن أن نستخلص للخلافة حكما عاما في الشريعة الاسلامية نقرر فيه التفصيل التالي :

ان الخلافة بجميع صورها المتقدمة البيان ، وأمثالها من الصور والاساليب المخادعة التي يلجأ اليها أحد المافدين ، تميب رضى العاقد الآخر وتؤثر في القوة الملزمة للمقد ، فيثبت بها شرعا للعاقد المخلوب خيار يمنع بمقتضاه حق ابطال المقد في فقه المذاهب .

ولكن تارة يشترط مع الخلافة وجود غبن للعاقد المخلوب ، وتارة لا يشترط الغبن ، وذلك بحسب الغاية المقصودة من الخلافة :

أ - فإذا كان هدف الخلافة زيادة السعر على المخلوب يشترط عندئذ في الخلافة لكي تميب الرضى وتسوغ ابطال العقد أن تكون مصحوبة بغبن فاحش . وذلك كما في صور التاجش ، والتفريز القولي في السر . ففي كل من هذه الحالات وأمثالها انما يقصد الخالب استزادة البدل . فإذا أدت الى غبن فاحش أوجب عندئذ للمخلوب الخيار والا فلا .

ويستنى من ذلك الخيانة في بيع الامانة (المرابحة واخوانها) فانها - وان كان هدفها استزادة البدل - توجب للمشتري على كل حال حق ابطال العقد ، أو حق الحط من الثمن بمقدار الخيانة (على اختلاف الآراء الاجتهادية في حكم الخيانة كما سبق بيانه في بحثنا)

ولو لم يحصل للمشتري معها غبن في سعر المبيع^(١) . وذلك لان البيع في المراجعة وأخواتها يقوم على أساس رأس المال باتفاق الطرفين . فكل كذب في بيان رأس المال يؤدي الى خلاف المتفق عليه بين العاقدين ولو لم يكن غبن .

ب - واما اذا كان هدف الخلابة خداع العاقد المخلوب في صفة المفقود عليه ، كإيهامه بالجودة أو بأي وصف آخر ، فانها تعيب الرضى وتسوغ ابطال العقد ولو لم يصحبا غبن في السعر ، كما في الشاة المصرة اذا بيعت بثمان لا يزيد عن قيمتها غير لبون ، وكالفاكهة الموجهة اذا بيعت بثمان لا يزيد عن سعر الرديء الذي تحت وجهها الجيد ، لما تقدم من أن العاقد المخلوب قد يكون مقصوده الصفة الموهوم بها ، ففواتها يوجب له الخيار . (المنفي والشرح الكبير ج ٤ ص ٦٩ و ٨٠ و ٩٠ و ١٩٣ / ورد المختار ٩٦ و ١٣١ و ١٥٥)^(٢) .

(١) كما لو باع شيئا بمشرة على أن رأس ماله ثمانية ، ثم تبين أن رأس ماله سبعة ، والشئ غليبيح كساي قيمته في السوق عشرة أو أكثر ، فلا غبن على المشتري في هذه الحال رغم خيانة البائع ، ومع ذلك يحق للمشتري ابطال العقد .

(٢) - ملاحظة :

الخلابة بمعناها الذي تقدم شرحه ، وبصورها المختلفة ، يقابلها تماما في الفقه الاجنبي باللفظة الفرنسية لفظ : (Le dol) وترجمها القانونيون العرب في مصر بكلمة (التدليس) . والتدليس كلمة مستعملها فقهاء الاسلام قديما في المذاهب الثلاثة : المالكي ، والشافعي ، والحنبلي ، تارة بهذا المعنى تماما كما فعل القانونيون المعاصرون ، وتارة بمعنى كتمان البائع عيبا خفيا في المبيع ، وهو المعنى الاصلي للتدليس .

وقد رجحنا هنا استعمال لفظ « الخلابة » لانه أدل على معنى الخديعة المقصودة هنا ، ولانه ورد كما رأيت في الحديث النبوي الذي احتج به جميع فقهاء المذاهب ، وهو النص التشريعي في الموضوع نفسه . فأصبح لفظ التدليس مقصورا على معناه الاصلي وهو كتمان عيب المبيع ، فيكون تدليس العيب في المبيع ونحوه صورة الخلابة بمعناها العام .

حكم الفبن المجرّد ومستثنياته

١٨٩ - يتضح مما تقدم ان الفبن الفاحش وحده في العقود لا يعيب الرضى ما لم يصاحبه شيء من الخلابة . وعلى هذا استقرت معظم الاجتهادات . ذلك لأن الفبن المجرّد عن كل خديعة لا يدل الا على تقصير العاقد المنبون في تحري الاسعار ومعرفة حد البدل العادل ؟ ولا يدل على مكر من العاقد الآخر . ولكل انسان أن يطلب المزيد من المنفعة بالطريق الحر المشروع دون غش واحتيال ، ما لم يضر بالجماعة ، فحيث يجد من حريته وتحدد منفته ، كما في حال احتكار المواد الضرورية وحالة تحكم الباعة بالاسعار ، حيث يبيع الحاكم المال المحتكر رغسا عن صاحبه ، ويلجأ الى التسعير على الباعة اذا تواطؤوا وتحكموا في الاسعار .

أما في التعامل العادي بين الناس في غير حالة الاحتكار والتحكم فليس من مهمة التشريع أن يمنع التباين المجرّد عن الغش والخديعة ، وإنما من مهمته أن يقيم المتعاقدين على قدم المساواة في الاهلية والحرية ، ثم على كل انسان ان يفتح عينيه ويحمي نفسه من الفبن . وان لكل انسان من حرصه على مصلحته دافعا كفيلا لتحري الاصلح له وتوقي سواه . وتبعة المهمل يجب أن تكون على حسابه .

هذا ما عليه جمهرة الاجتهادات الاسلامية في الفبن المجرّد^(١) مع ملاحظة الاستثناءات التالية :

(١) وحجتهم من النصوص قول الرسول (صلى الله عليه وسلم) : « دعوا الناس يروى الله بعضهم من بعض » . وفي المذهب الحنفي رايان حول جواز فسخ المقد بالفبن المجرّد ، والارجح علم الجوز ما لم يصحبه تقرير (فتح القدير ١٠٧/٦ وورد المختار ١٥٩/٤) .

١٩٠ - الحالات الاستثنائية التي يعتبر فيها الفبن المجرد عيبا
في الإرادة :

يستثنى الاجتهاد الحنفي وغيره ثلاثة مواطن يمنع فيها الفبن الفاحش ولو كان غبا مجردا لم تصحبه خلافة • وهذه المواطن الثلاثة المستثناة هي:
حقوق اليتيم ، والوقف ، وبيت المال •

فالفبن الذي يقع بالتمافد في مال احدى هذه الجهات الثلاث مردود شرعا على الغائب ، لأن هذه الجهات الثلاث تحتاج الى مزيد من الحماية عن طريق التشريع لكثرة تهلون القائمين عليها في صيانة حقوقها
(ر : المجلة / ٣٥٦) •

- على ان الاجتهاد الحنبلي يستثنى أيضا حالتين اثنتين يعتبر فيهما الفبن المجرد عن الخلافة عيبا في رضى المفون يسوغه ابطال العقد وهما :

١ - حالة الشخص المسترسل •

٢ - وتلقي الركبان^(١) •

أ - فأما المسترسل فهو من يستسلم من بائع أو مشتر الى المتعاقب معه وهو جاهل بالسعر • فاذا غبنه في السعر كان للمسترسل خيار
الابطال لقول الرسول عليه السلام : غبن المسترسل ظلم^(٢) •

(١) الركبان (بضم الراء) جمع « راكب » وهو من يركب البعير •

(٢) للمالكية مباحث مسهية في غبن المسترسل • وغفهاء المذهب المالكي مجمعون على أن غبنه اذا كان فاحشا فانه يعيب ابرأته ويوجب له خيار الابطال •

لكنهم يفسرون المسترسل بأنه : هو الذي يستسلم من المتبايعين الى

فان كان عالما بالسعر ، أو استعجل فجهل ما لو ثبت لعلم به لم يكن مسترسلا ، وليس له خيار ، لأن غبنه عندئذ قد جاء من عجلته وتقصيره .

ب - وأما تلقي الركبان فهو أن يخرج انشخص الى ضاحية البلد ليتلقى القادمين بضائهم من القرن والبوادي الى المدينة ، فيشتري منهم ما يحملونه الى السوق ، أو يبيعهم ما يريدون شراءه . فان غبنهم بالنسبة الى سعر السوق كان لهم الخيار في ابطال العقد في الاجتهاد الحنبلي ولو لم يتخذ معهم شيئا من أساليب الخداع .

وحجة الامام احمد بن حنبل في ذلك ما ثبت في السنة النبوية واخرجه الامام مسلم في صحيحه من ان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الركبان وجعل لهم الخيار اذا هبطوا السوق فوجدوا أن من



الآخر ويستأنه في السعر بأن يعلن له أنه جاهل بالاسعار ويطلب اليه أن يبيعه أو يشتري منه بسعر السوق . فإذا غبنه غبنا كان له الخيار .

أما اذا كان الشخص جاهلا بالاسعار لكنه غير مسترسل (أي لم يعلن لصاحبه ذلك) فغبنه ، ففي منع المدين الخيار اختلاف بين فقهاء المذهب . وإما اذا كان عالما بأسعار السوق فلا خيار له اذا غبن باتفاق الفقهاء . (ر : الشرح الصغير للرددير المائكي في هامش الصاوي ٦٣/٢) .

وفقهاء الحنابلة لا يفسرون المسترسل بمن يعلن للآخر جهله بالاسعار واستأنه له ، بل يكتفون في تحقق معنى الاسترسال بأن يكون جاهلا مستسلما لا يماكس .

والواقع ان اشتراط الملكية فيه أن يعلن استأنه الى البائع في سعر السوق يلحق الموضع ببحث التقرير من صور الخلافة ، لانه غرره بقبول مبايعته على اساس سعر السوق حتى اعلان إليه ، ثم اتخذ من ذلك ذريعة الى غبنه . وهذا هو التقرير التحولي في السعر .

تلقاهم فباعهم أو ابتاع منهم قد غبنهم . (ر : المني ، والشرح الكبير
٧٧/٤ - ٨٩ و ٩٠) .

ج - الغلط

١٩١ - تعريف وتمهيد :

الغلط هو : توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعا ، فيحمله ذلك
على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه .

وذلك كمن اشترى شيئا يظنه جيدا وهو رديء ؛ أو يظنه يساوي
التمن الذي اشتراه به وهو لا يساويه ، أو باع سجادة مثلا ظانا انها من
السجاد المعتاد فإذا هي أثرية نادرة ، أو خارج^(١) عن حصته الارثية
يظنها السدس فإذا هي ثلث ، أو وهب احدي فرسه وهو يظنها الاخرى ؛
أو كان له بيتان شرقي وغربي فأجر الشرقي وهو يظنه الاصفر فإذا هو
الأكبر ؛ وهلم جرا ...

هذا ، وإذا رجعنا الى ما سبق بيانه آنفا في بحث الخلافة نرى ان
التوهم موجود لدى العاقد المخلوب أيضا ، لأن في الخلافة ايهاا من
أحد العاقلين للآخر في السعر أو في الصفة . فنصير التوهم مشترك في
كل من الخلافة والغلط ؛ ولكن الفرق بينهما هو أن الوهم الحاصل في
الخلافة ناشيء من فعل فاعل مسئول . أما في الغلط فإن التوهم
تلقائي ، أي ناشيء في خلد صاحبه من تلقاء نفسه ، لا من فعل العاقد
الأخر .

(١) المخارجة هي : بيع احد الورثة حصته الارثية من التركة لآخر .

عاملان متضافان : احترام الإرادة ، واستقرار التعامل :

وفي هذا المقام ونظائره يقف الفقه والتشريع أمام عاملين متضادين كلاهما واجب الرعاية ، واعتبار أحدهما ينافي اعتبار الآخر ، وهما : احترام إرادة العاقد ، واستقرار التعامل .

أ - فاحترام إرادة العاقد يستلزم أن تعتبر إرادة العاقد الحقيقية التي ينطوي عليها ضميره . فإذا جاء في تعبيره (وهو الإرادة الظاهرة) غلط فكأنت هذه الإرادة الظاهرة من العاقد مختلفة عن إرادته الباطنة الحقيقية المتفقعة مع تصوره وتوهمه وجب عندئذ أن تعتبر إرادته غير سليمة ، وأن يفسح له مجال إبطال العقد . هذا ما يستلزمه مبدأ احترام إرادة العاقد لو أنه انفرد في الميدان .

ب - ولكن هناك مصلحة عامة في ميدان التعامل تستلزم عكس ذلك تماما ، وهي مصلحة استقرار التعامل .

ومضى استقرار التعامل أن تكون تصرفات الإرادة التي يتعامل فيها الناس بعضهم مع بعض بطريق التعاقد الرضائي ذات نتائج ثابتة غير معرضة للانتقاص بأسباب يجهلها التعاقد وليس هو المقصر في اجتنابها ، وذلك لكي يستطيع أن يبني أموره على نتائج معاملاته وهو مطمئن إلى استقرارها ، وعلى ثقة بثباتها . فهذا النظر إلى مصلحة استقرار التعامل يقتضي اعتماد الإرادة الظاهرة من الإيجاب والقبول ، وأن لا يكون لغلط أحد العاقدين تأثير في قوة هذا الارتباط العقدي لأن العاقد يتمرد عليه معرفة غلط رفيقه ما لم تدل عليه دلائل واضحة . وكل عقد يمكن أن يكون أحد عاقديه غالطا في ناحية منه ، فإذا ساء له إبطال عقده بسبب الغلط كان ذلك مفاجأة للعاقد الآخر ، فينتفي أطمئنان كل عاقد إلى نتائج عقده لاحتمال أن يكون رفيقه واقفا في غلط .

لذلك ، وترجيحا لمصلحة استقرار التعامل ، لم يهتم الفقه الاسلامي كثيرا بالغلط في العقد كما اهتم الفقه الاجنبي ، ولم يفرد فقهاء الاسلام نظرية الغلط بحث يصوغها صياغة مستقلة كما صاغوا نظرية الاكراه ، لأن الفقه الاسلامي يستمد الارادة الطاهرة (الايجاب والقبول) أساسا في بناء العقد^(١) ، ما دامت الارادة الباطنة الحقيقية خفية كما تقدم (ف/ ١٧٦) •

وهكذا كانت مسائل الغلط في الفقه الاسلامي غير مجموعة في بحث خاص ، بل متفرقة موزعة في موضوعات ومباحث شتى ذات صلة به ، كظهور الميب في المبيع ، وكفوات الوصف ، أو اختلاف الجنس في العقود عليه ، وكخيار الرؤية ، كما سنرى •

ولذا كان على من يريد صياغة نظرية للغلط انتمادي في الفقه الاسلامي على غرار نظرية الغلط في الفقه الاجنبي أن يتلقت مسائلها وقواعدها وأحكامها من تلك الفصول والمباحث ذات الصلة بها • وهذا ما نحاوله هنا بقدر الامكان ، وبقدر ما يتسع له هذا المدخل الفقهي •

٢/١٩١ - متى يعتبر غلط العاقد عيبا في رضاه يجيز له ابطال العقد ؟

بعد هذا التمهيد نقول : ان من يتبع مسائل الغلط المتفرقة في فصول ومناسبات عديدة من فقه المذاهب الاربعة ، يخلص الى نتيجة

(١) ويظهر هذا جليا من تعريف العقد • فقهاء الاسلام لم يعرفوا العقد بأنه : اتفاق ارادتين الخ • كالتعريف القانوني ، وانما عرفوا العقد بأنه : « ايجاب ايجاب بقبول » الخ • كما تقدم بيانه في محله (ف/ ١٣٢) •

هي ان فقهاء المذاهب لم يعتبروا الغلط المعنوي من أحد العاقدين عيبا في رضاه يجوز له ابطال عقده الا في الحالات التي يكون فيها الغلط واضحا لبس فيه مفاجأة للعاهد الآخر .

ذلك لأن الغلط اذا لم يكن واضحا فان الارادة الحقيقية للعاهد الفالط تكون في حيز الخفاء ، فمن الواجب عندئذ اعتماد ارادته الظاهرة . فاعطاؤه حق ابطال العقد عند ثبوت غلطه ، - وان كان فيه استنقاذ له ورعاية لحقه ومصلحته - هو في الوقت نفسه جنابة على حق العاهد الآخر ومصلحته - دون أن يكون منه تسبب أو تقصير ، وهذا ما يزعزع استقرار التعامل .

أما اذا كان الغلط واضحا فان الارادة الحقيقية عندئذ تكون هي أيضا واضحة . فاعطاء الفالط في هذه الحال حق الابطال هو الذي يفرضه مبدأ احترام الارادة المقدية ، ولا يخل باستقرار التعامل ، لأن العاهد الآخر يكون على بينة من غلط^(١) رفيقه ، فلا يكون في الابطال مفاجأة له .

٣/١٩١ - كيف يكون غلط العاهد واضحا :

والظاهر من تتبع نصوص الفقهاء أن غلط العاهد في عقده يعتبر واضحا اذا كشف العاهد بنفسه عن مراده كشفا صريحا خلال انعقاده ، أو كان مراده مكتشفا ظاهرا من القرائن والدلائل . فهاتان حالتان :

(١) وهذا ما يشترطه الفقه الاجنبي في اتجاهه الحديث بنظرية الغلط ، حيث يشترط علماء القانون لجواز ابطال العقد بسبب غلط أحد العاقدين أن يكون العاهد الآخر على علم بغلط رفيقه .

١٩٩/٤ - (الحالة الاولى) - كشف العاقد عن مراده بنفسه
كشفا صريحا :

فاما حالة كشف العاقد الخاطى عن مراده بنفسه صراحة فكما اذا
عين العاقد في العقد جنس العقود عليه ، او اذا وصفه بصفة ، ثم ظهر
على خلاف ذلك . وفي هذه الحال للفقهاء حكم تفصيلي حول درجة
تأثير الخطأ في العقد :

أ - فاذا كان الخطأ واقعا في جنس العقود عليه ، كما لو باع أو
اشترى فص خاتم على انه ياقوت ، فاذا هو زجاج ، أو اشترى كيسا
من الاورز فاذا هو قمح ، فإن العقد لا ينقذ أصلا في الاجتهاد الحنفي ،
لأن اختلاف الجنس يجعل المحل المقود عليه معدوما ، وهو أحد مقومات
العقد المتقدمة الذكر (ف/١٤٥)^(١) .

★ (١) وهذا نظير ما يسميه علماء القانون « **الخطأ المانع** »
Erreur obstacle أي الذي يمنع انعقاد العقد . ومن صوره عندهم ان
يفعل التعاقد في ذات الشيء المقود عليه ، كما لو باع احدى فرسيه ،
والمشتري يظن انه قد اشترى الاخرى .

وهذا النوع ، أي الخطأ المانع ، لا يعد في عداد عيوب الرضى لانه يمنع
الانعقاد ، بينما ان عيوب الرضى كلها شوائب فرعية ينقذ معها العقد
لكمال مقوماته ، ولكنها تجعل العقد للابطال بمشيهة الطرف الذي شيب
رضاه بأحد تلك للشوائب .

ويلحظ في هذا المقام ان اختلاف الجنس الذي يعتبر في الفقه
الاسلامي من قبيل الخطأ المانع لا يعتبر في النظر القانوني غلطا مانعا ،
بل هو من الخطأ الذي يصيب الرضى فقط ، فيعتقد معه العقد قابلا
للابطال .

وعكس ذلك يلحظ في الخطأ في ذاتية المبيع في المثال الآنف الذكر ،
(لو باع احدى فرسيه ، وهو أو لمشتري يظن انها الاخرى) فانه في
الفقه القانوني غلط مانع لا يعتقد معه العقد ، وفي الفقه الاسلامي هو

←

ب - وأما إذا كان الغلط في الوصف فإنه يميز في حكمه بين حالتين :

١ - إذا كان المقود عليه معينا بالذات لكنه غائب عن مجلس العقد ، أو كان حاضرا فيه لكن العاقد لا يدرك وصفه بالمعينة ، كما لو باع نسيجا معينا من الجوخ على أنه انكليزي المصدر ، أو باعه على أنه أحمر وكان المشتري أعمى ، أو كان البيع ليلا في الظلام ، ثم تبين أن المبيع على خلاف الوصف الذي سمي في العقد ، فإن المشتري مخير في ابطال العقد ، لفوات وصف مشروط في محل العقد ، فلا يعتبر رضاه سليما بفواته . وهذا يسمى : **خيار الوصف** :

٢ - وإذا كان المقود عليه حاضرا في مجلس العقد مكشوفاً مشارا اليه تحت مشاهدة العاقد ، وكانت صفته مما يدرك بهذه المشاهدة كالألوان والحجوم ، بأن قال البائع مثلا : بعتك هذا المهر الأبيض الصغير بكذا ، وهو حصان أسود كبير ؛ أو قال : بعتك هذه الفرس المحجلة ؛ وهي غير محجلة ، أو هذه السيارة الخضراء وهي في الواقع سوداء ، فقبل المشتري انعقد العقد لازما للمشتري لا خيار له في ابطاله ، لأنه غير معذور بهذا الغلط بعد المشاهدة والاشارة . واختلاف الوصف المسمى عن الواقع لا عبرة له في هذه الحال ، لأن الاشارة



غلط غير مؤثر أصلا ، حينئذ منه العقد لازما لا خيار فيه ، لان الارادة الظاهرة بالايجاب والقبول لما وردت في العقد على واحدة معينة من الفرسين انصرف العقد اليها وبقي الغلط في حيز الخفاء ليس عليه دليل قائم ، فلا يؤثر ، حرصا على استقرار التعامل .

بخلاف مسألة اختلاف الجنس ، فإن تسمية الجنس المقصود في صلب العقد ، تجعل الغلط في الجنس المخالف غلطا واضحا ، فيؤثر في العقد . وبما أن اختلاف الجنس في حكم فقدان المعين ، لا ينقذ العقد لعدم المحل .

هنا في الشيء الحاضر أبلغ طرق التعريف وأقواها ، فإذا اجتمع معها وخالفها ما هو دونها تعريفاً وهو الوصف الكلامي فالعبرة للإشارة •
ويقرر انعقادها في هذا المقام قاعدة هي : أن الوصف في الحاضر لقو ، وفي العائب معتبر (للجنة / ٦٥) •

٥/١٩١ (الحالة الثانية) - كون مراد العائد واضحاً من الدلائل :

وأما حالة كون مراد العائد الغالط مكشوفاً واضحاً بطريق الدلالة دون تصريح منه فأمثلته كثيرة في فقه المذاهب •

ففقهاء المذهب الحنفي يذكرون أن من اشترى عبداً مشهوراً بأنه يحسن الكتابة أو الخبز فوجده ناسياً ذلك ، أو اشترى جارية كانت تحسن الطبخ أو الخياطة فوجدها ناسية ذلك ، فإن للمشتري فسخ البيع ولو لم يشترط هذا الوصف فيهما عند العقد صراحة ، لأن الظاهر أنه إنما اشترى رغبة في تلك الصفة ، فصارت مشروطة بطريق الدلالة (ر : رد المحتار ، ج ٤ / أواخر خيار النشروط ، والبحر الرائق لابن نجيم ٣٦/٦) •

وفقهاء المذهب المالكي يصرحون بأنه « إذا باع الشخص حجراً في سوق الجواهر دل ذلك على أنه إنما يبيع جوهرة وإن لم يصرح بجنس الحجر في العقد ، فإذا تبين أنه ليس بجوهر كان للمبتاع القيام^(١) » • وإن باعه في غير سوق الجواهر لم يكن له قيام » (ر : شرح الحطاب على المختصر ٤٦٦/٤ - ٤٦٧) •

ومما يعتبر من الأوصاف مشروطاً دلالة ولو لم يصرح به في العقد

(١) القيام في اصطلاح المالكية في مثل هذا المقام معناه حق العائد في الادعاء والرجوع على المتعاقد معه •

سلامة العقود عليه من العيوب في عقود الماوضة • فمن حق المشتري أو المستأجر مثلا أن يحسب البيع أو المأجور خاليا من العيوب ؛ ومن واجب البائع أو المؤجر معرفة ذلك وتقديره • فإذا ظهر في البيع أو المأجور عيب كان المشتري أو المستأجر غالطا ومعذورا في غلطه فله الرد • ولا يكون في ذلك مفاجأة للبائع أو للمؤجر ، لأن عليهما أن يتوقعا ذلك (١) •

★ (١) يقول الاستاذ السنهوري في كتابه الجديد • مصادر الحق في الفقه الاسلامي • ج ٢ ص/ ١٣٠ الطبعة الاولى :

« سلامة الشيء من العيوب شرط ضمنى في العقد تقتضيه طبائع الاشياء : فإذا ظهر عيب في الشيء ، تبين ان المشتري كان واهما عندما اعتقد ان الشيء سليم من العيب • ومن هنا كان خيار العيب متصلا بوثق الاتصال بنظرية الفلظ ، بل هو ليس الا صورة من صورته المتعددة » •

ويقول الامام الكاساني من فقهاء الحنفية في كتابه « البدائع » في بحث خيار العيب (٢٧٤/٥) :

« السلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالشروطه نصا ، فإذا فأتت المساواة كان له الخيار ••• لان البيع عقد معاوضة والمعاوضات ••• بنائها على المساواة عادة وحقيقة ••• ولان السلامة لما كانت مرغوب المشتري ولم يحصل فقد اختل رضاه • وهذا يوجب الخيار لان الرضى شرط صحة البيع ••• فانعدام الرضى يمنع صحة البيع ؛ واختلاله يوجب الخيار فيه ، اثباتا للحكم على قدر الدليل » •

وهذا البيان من صاحب البدائع كما ترى صريح في أن حكم خيار العيب في الفقه الاسلامي مبني على أساس ان رضى المشتري قد اختل بظهور العيب في المبيع ، فهو من قبيل شوائب الارادة المسماة عيوب الرضى •

وقد قدمنا (ف١٨٧/٤) ان تدليس العيب يدخل في صورة الغلابة •

هذه اجمالا خلاصة الحالات التي يعتبر فيها غلط العاقد من شوائب الارادة المقدية ، لأن غلطه واضح من حيث أن العاقد قد كشف عن ارادته بنفسه صراحة ، أو ان ارادته مكشوفة بطريق الدلالة . فاذا خالف الواقع مراده المكشوف كان معذورا في غلطه الذي عاب رضاه ، لوضوح الغلط بالنسبة الى العاقد الآخر ، فلا يكون فسخ العقد مفاجأة له مخلة باستقرار التعامل .

٦/١٩١ - الغلط غير الواضح :

فاذا كان الغلط خفيا غير واضح بأن لم يكشف العاقد عن مراده ، ولم يكن مكشوفاً من الدلائل والقرائن ، فإن الفقه الاسلامي لا يعتقد عندئذ بطلان العاقد ، لأن العبرة للارادة الظاهرة من الايجاب والقبول مادامت الارادة الحقيقية في طي الخفاء ، حرصا على استقرار التعامل ؟ لأن التضحية بمصلحة العاقد الشخصية الجزئية عندئذ أولى من التضحية باستقرار المعاملات ، وباطمئنان المتعاقدين الى اثبات نتائجها ، وثقتهم بها .

وعلى هذا الاساس يقرر الفقهاء أن من باع مصل (سجادة) دون أن يذكر نوعه ، وهو يظنه من قطن أو كتان ، فتبين أنه من الخز فليس له خيار . وكذا لو اشتراه على ظن أنه خز فظهر خلافه ، فهو ملزم به ولا خيار له . نقل ذلك الحطاب عن مالك ، وهذا بخلاف ما لو اشترط المشتري في العقد شرطا أنه من الخز فظهر من القطن ، حيث يكون له خيار الوصف فيحق له فسخ العقد ان شاء ، لأن ارادته عندئذ

وتصف هنا بان العيب الذي لم يدلسه المبيع تبليسا على المشتري بل كان يحمله المبيع نفسه يمكن عنه من قبيل الغلط . وسنرى أيضا أنه يمكن عنه من صور اختلال التنفيذ الذي هو العيب الرابع الاخير من عيوب الرضى .

مكشوفة بالشرط ، فيكون غلظه معذورا يعيب رضاه ، وكذا من باع أو اشترى بغير^(١) وهو يظنه ناقة فاذا هو جمل . الا أن يكون ظاهر حاله أنه يشتريها لأجل اللبن فمضد ذلك يكون غلظه واضحا لأن إرادته مكشوفة بدلالة الحال (ر : البحر الرائق ٢٦/٦ ورد المختار ٤/أواخر خيار الشرط ، وشرح المختصر للحطاب ٣/٤٦٦) .

ومثل ذلك ما نقل الحطاب عن مالك فيمن باع حجرا (وسماه هكذا : حجرا) ثم تبين أنه ياقوت وهو يجهل أنه ياقوت ، ان البيع لازم ولا خيار له ، ولو كان المشتري يعلم أنه ياقوت . وذلك لأن الحجر اسم جنس عام يشمل الياقوت وغيره ، فقد سماه باسم يصلح له^(٢) ، أما لو قال المشتري لبائع الثياب : اخرج لي ثوبا مرويا^(٣) بدنيار ، فأخرج له ثوبا أعطاه إياه ، ثم وجده من أثمان أربعة دنائير ، فالبائع هنا يحلف^(٤) ويسترد ثوبه .

(١) البعير اسم شامل للذكر والانثى من الابل ، كالفتمة من الشياه ، فانها شاملة للكباش والنسجة ، لان الهاء في « الفتمة » ليست للتأنيث بل للوحد .

(٢) فهنا وقع البائع في غلط لكن إرادته غير مكشوفة فكان غلظه غير واضح فلم يعتمد به . بخلاف ما هو باع مبينا أنه غير ياقوت فتبين ياقوتا ، أو اشترى ياقوتا فتبين خلافه ، فان البيع لا يلزم البائع ، والشراء لا يلزم المشتري لان الإرادة مكشوفة بالتسمية أو الاشتراط فالغلط واضح (ر : مصادر الحق للاستاذ السنهاوري ص/١٢٣) .

(٣) الثوب المروي : منسوب الى مرو (بفتح فسكون) بلدة من بلاد فارس مشهورة بصنع الثياب . والنسبة اليها في الاشياء : مروية ، وفي الأشخاص : مروزي بزيادة زاي معجمة بعد الواو على خلاف القياس (ر : المصباح) .

(٤) أي يحلف انه قد غلط غلطا في اعطاء الاغلى طائفا انه الارخص .

قال الحطاب في تعليل ذلك :

« ووجه تفرقة مالك بين الذي يبيع اليافوتة جاهلا ،
وبين من قصد اخراج ثوب بدينار فأخرج ثوبا بأربعة ،
أن الاول قد جهل وقصر اذ لم يسأل من يعلم ما هو ؟
والثاني قد غلط غلطا لا يمكن التوقي منه ، فيكون له أن
يحلف ويأخذ ثوبه » .

وفي هذا التعليل الوجه للتمييز في الحكم بين المسألتين المشابهتين
تجلى لك خلاصة المبدأ الفقهي العام الذي استخلصناه وقررناه في
الغلط ، من حيث كونه غلطا واضحا في ارادة مكشوفة فيميب الرضى
اذ لا يدخل باستقرار المعاملات ، أو كونه غلطا خفيا في ارادة خفية فلا
يعتد به . فهنا يعلم كل من البائع والمشتري أن المبيع ثوب مروي
بدينار . فاذا أخذ المشتري ثوبا بأربعة دنائير فان فسخ العقد لا يكون
مفاجأة له اذا حلف البائع على غلطه واسترد ثوبه . (ر : مصادر الحق
للأستاذ السهوري ص / ١٢٣) .

٧ / ١٩١ - حالة استثنائية يعتبر فيها الغلط علوا ولو كان خليا
« خيار الرؤية » :

هناك حالة اعتبرها الشرع الاسلامي مظنة لغلط العاقد ؟ فمنحه فيها
حق الابطال ان شاء لاحتمال غلطه ، وهي حالة شراء شيء لم يره المشتري
فقد ورد في الحديث النبوي : « من اشترى مال لم يره فله الخيار اذا رأى » .

وقد أخذ الاجتهاد الحنفي بهذا الحديث فقرر أن من يشتري
شيئا معينا بالمال لم يره فله حق الابطال اذا رآه فلم يوافق . ويسمى
هذا الحق : خيار الرؤية . ويسقط هذا الخيار بالرضى صراحة أو دلالة

بعد الرؤية ، كما يسقط بكل تصرف يوجب حقاً للغير ، كما لو باع المشتري ما اشتراه قبل أن يراه .

ويمثل الفقهاء مشروعية هذا الخيار بأنه لدفع الضرر عن المشتري اذ قد لا يجد أن الشيء الذي اشتراه لاحتياجه اليه هو غير ملائم لحاجته لأنه لم يره ، فيتضرر بالتزامه ، فإذا كان قد رآه حين التعاقد أو قبله بمدة لم يتغير خلالها فليس له خيار ، لأنه اشترى على علم .

ولا يثبت هذا الخيار للبائع اذا باع ما لم يره ، لأن الحديث النبوي لم يثبت الا لمن اشترى . ووجه ذلك ان غاية الشراء عادة هي استعمال عين الشيء في سد حاجة المشتري ، فقد يتبين غير ملائم لهذه الحاجة ، بخلاف البائع فان حاجته الى الثمن لا الى عين المبيع ، فلا يتأتى في جانبه هذا الاعتبار .

والمراد من الرؤية هنا الاطلاع في كل شيء بحسبه ، لا خصوص المشاهدة بالعين : فرؤية السك مثلاً وسائر العطور تكون بشمها لا بمشاهدتها ، ورؤية النسيج بلمسه مع المشاهدة ، ورؤية شاة اللحم بحسها ، ورؤية المعلومات بنوقها ، وهكذا . . .

ويلحظ هنا في خيار الرؤية أن الشارع الاسلامي يقدر احتمال الغلط بالنسبة الى حاجة المشتري تقديراً عاماً ، فيثبت الخيار لكل من اشترى شيئاً معينا لم يره ، ولا يجعل هذا الخيار متوقفاً على اثبات وقوع الغلط فعلاً من المشتري . فقد اعتبر الشارع شراء ما لم يره مظنة عامة للغلط ، كما قلنا ، وترك الحكم في ذلك لرأي المشتري نفسه لأنه أدري بحاجته .

ويلحظ أيضاً أن وصف الشيء غير المرئي عند بيعه لا يفتي عن

الرؤية ، ولا يمنع ثبوت الخيار للمشتري^(١) .

وأهم ما يلاحظ بالنسبة الى موضوع بحثنا هنا هو أن الفلظ المحتمل الذي قرر لاجله خيار الرؤية في هذا الشراء هو غلط غير واضح بالنسبة الى البائع . وقد كان مقتضى القاعدة التي استخلصناها في الفلظ أن لا ينهض ذلك عذرا في ابطال العقد . ولذلك اعتبرنا خيار الرؤية حالة استثنائية من قاعدة الفلظ .

ويجري خيار الرؤية في جميع عقود المعاوضات ، كالأجارة والصلح عن مال بمال ، قياسا على البيع . وله أحكام تفصيلية تخرج عن غرضنا هنا (وهو علاقة هذا الخيار ببحث الفلظ) وترى في المواد / ٣٢٠ - ٣٣٥ / من المجلة ، وفي كتاب البيع من مدونات الفقه الحنفي .

١٩٩ / ٨ - صور مختلفة من الفلظ :

فيما تقدم كشفنا عن الخطوط الكبرى التي تسير فيها نظرية الفلظ التعاقدية في الفقه الاسلامي ، وجمعنا هذه الخطوط المتفرقة لكي يظهر منها مخطط النظرية .

وقد عرضنا أمثلة ونصوصا يدور الفلظ فيها حول محل العقد (العقود عليه) ذاتا وجنسا وصفة .

وهناك في الفقه الاسلامي صور أخرى من الفلظ في نواح أخرى

(١) وهذا خلاف ما أخذ به القانون المدني في المادة / ٣٨٧ / منه ، فقد اعتبر أن ذكر الاوصاف الاساسية للمشيء المبيع في عقد البيع يمنع المشتري من حق ابطال البيع بحجة عدم العلم الكافي بالمبيع اذا جاء مطابقا للاوصاف المذكورة .

من متعلقات العقد نظير النواحي التي يستد بالغلط التعاقدى فيها العقد
الاجنبى ، كالغلط في شخص العاقد ، وكالغلط في القيمة ، وفي الحكم
الشرعى . فنحن بحث الغلط ببعض أمثلة وإيضاحات موجزة حولها
استكمالا للبحث .

٩/٩٩ - الغلط في شخص العاقد :

قد يغلط أحد العاقدين في شخص المتعاقد معه ، فيظنه فلانا وهو
غيره ، أو يظنه ذا صفة خاصة من قرابة أو كفاءة أو غيرهما فيظهر
بخلاف ذلك .

ولاشك أن الغلط في شخص العاقد إنما تظهر أهميته عندما يكون
لشخص العاقد اعتبار خاص في مبنى العقد بحيث يكون لصفة العاقد ارتباط
بموضوع التعاقد .

أما إذا لم يكن كذلك فلا ينبغي أن يكون للغلط في شخص العاقد
تأثير ، كتاجر يبيع شيئا من مشتر طارىء يظنه فلانا وهو غيره .

فهدف البائع بوجه عام هو قبض ثمن سلعته أيا كان المشتري ، فلا
تأثير لمثل هذا الغلط^(١) .

أما إذا كانت صفة العاقد ذات اعتبار في موضوع العقد فهنا موطن
التأثير .

وقد نص فقهاء الاسلام في عقود وتصرفات عديدة نصوصا تدل على
اعتماد هذا المبدأ :

(١) وهذا المبدأ هو الذي يعتمده المفسر القانوني في قضية الغلط في
الشخص .

أ - ففي عقد الزواج اذا ظهر في أحد الزوجين مرض يضر بالحياة الزوجية - جنسيا كان المرض أو غير جنسي - كالجنون والجنام ، وكان موجودا قبل العقد ولم يعلم به الزوج الآخر ، فقد أقر الفقهاء لهذا الزوج الآخر خيارا في فسخ العقد ان شاء^(١) .

فهنا كما ترى قد غلط أحد الزوجين في صفة الآخر ، اذ ظنه سليما وهو غير سليم . وللشخص في عقد الزواج اعتبار أساسي ، والصفة محل الغلط أساسية أيضا بالنسبة لمقاصد الزواج .

ب - وفي الاجارة نصوا على أنه لو استأجر شخص نظرا^(٢) لطفله ، ثم تبين أن الولد لا يأخذ نديها ، أو أنه يتقايؤ لبنها ، أو أن لبنها غير صالح لتغذيته (كما لو كانت حاملا مثلا) ، أو أنها حمقاء سيئة الخلق ، أو سارقة ، أو فاجرة فجورا^(٣) ، فإن لاهل الطفل فسخ الاجارة قبل انتهاء الاجل ، لان عكس هذه الصفات له اعتبار أساسي بالنسبة لمقاصد العقد ، فتكون هذه الصفات معذرة لهم في فسخ العقد .

ج - وفي الشفعة^(٤) نصوا على أنه اذا أبلغ الشفيع أن المشتري

(١) وبهذا اخذ قانون الاحوال الشخصية .

(٢) الغطر (بكسر فسكون) المرأة المرضع تستأجر لارضاع طفل والقيام بمصالحه .

(٣) لان الساقطة يخشونها على همتهم ، والفاجرة تلتهم بفجورها عن القيام بمصالح الطفل ، وقد تحمل من المفجور فيفسد لبنها (المبسوط للشيخسي ١١٩/١٥ - ١٢٢) .

(٤) الشفعة حق أولوية ممنوح شرعا للمشارك في العقار ، اذا باع شريكه حصته ، ان يحل محل المشتري في اخذها بثمنها الذي بيعت به ، دفعا لسوء الجوار وجمعا للمخصص الشائعة . ويسمى الشريك صاحب حق الشفعة : شفيعا . انظر ما تقدم في نظرية الملكية . (ف/١٥) .

فلان ، فلم يطلب الشفيع الاخذ سقط حقه في الشفعة • فاذا تبين أن المشتري شخص آخر لا يرضى جواره يبقى على حقه في طلب الاخذ بالشفعة ، • لان الناس يتفاوتون في المجاورة ، فرضاء بجواره لا يكون رضى منه بمجاورة غيره • فاذا تبين أن المشتري غير من سمي له فهو على حقه ، (المبسوط للسرخسي ١٠٥/١٤)^(١) •

١٠/١٩١ - الفلط في القيمة :

الفلط في قيمة العقود عليه انما يصيب رضى العاقد من حيث الغبن الذي يؤدي اليه •

ولذا يمكن القول أن جميع صور الغبن الفاحش المتقدمة في بحث الخلافة ، مما يمنع فيه العاقد المغبون حق ابطال العقد - في الحالات التي يشترط فيها التفرير أو لا يشترط - تعتبر من قبيل الفلط في القيمة •

ولكن بما أن بحثنا هنا انما هو في الفلط المعنوي الذي يقع فيه العاقد من تلقاء نفسه دون خلافة وخداع من العاقد الآخر ، لذلك تكون حالات الغبن الجرد التي توجب حق الابطال بلا اشتراط التفرير - وهي الغبن الفاحش في مال بيت المال ، والوقف ، واليتيم - هي وحدها التي تعتبر هنا من أمثلة الفلط في القيمة فليرجع اليها (ف/١٩٠) •

(١) يلحظ هنا أن رضى الشفيع بالمشتري ليس عقدا بل هو تصرف من تصرفات الإرادة مستقل للحق ، وقد اثر فيه الفلط في الشخص كتأثيره في العقود • فهو يؤيد المبدأ الفقهي الذي استخلصناه في قضية الفلط •

١١/١٩١ - الفلظ في الحكم الشرعي^(١) :

الفلظ في الحكم الشرعي معناه أن العاقد كان يجهل هذا الحكم عند التعاقد •

والاصل أن الجهل بالشريعة لا يعتبر عذرا مانعا من تنفيذ أحكامها على الجاهل ، والا تملص معظم الناس من تنفيذ أحكام الشريعة على تصرفاتهم وأعمالهم بحجة أنهم جاهلون : فمن جنى جناية أنفذت فيه عقوبتها ، ومن عقد عقدا نفذت في حقه أحكامه ولو كان يجهلها •

وعلى هذا ، من خارج^(٢) على حصته من التركة ببلغ قبضه وهو يظن أن حصته الربع مثلا ، وهي في الواقع نصف التركة ، فالبيع نافذ لازم ، ولا خيار له •

ولكن هناك حالات يعتبر الفقهاء فيها جهل المكلف بالحكم الشرعي عذرا له إذا كان في وضع لا يعتبر فيه مقصرا بالجهل • وهذا كثير في غير العقود •

من ذلك ما يقرره الفقهاء أن من أسلم في غير دار الاسلام فشرب الخمرة جاهلا بحرمتها لا يعاقب بحد الشرب لانه معذور بهذا الجهل • بخلاف المسلم المقيم في دار الاسلام اذا شرب جاهلا ، فانه يعاقب بالحد لاشتتار أحكام الاسلام ، فجهله بها تقصير وليس بمنذر •

(١) ويسميه علماء القانون : **غلطا في القانون** • إما الفلظ في جميع النواحي الاخرى من العقد فيسمونه : **غلطا في الواقع** •

(٢) **المخالفة** : هي بيع احد الورثة حصته الاثرية من التركة لآخر (ر : ف / ٢٨٦) •

وهناك أمثلة أخرى كثيرة على المعذرة الشرعية بسبب الجهل^(١) .
 (ر : الانشاء والنظائر لابن نجيم مع حاشية الحموي في أحكام
 الجهل ج ٢ ص ١٣٨) .

الشعبة الثانية

في غيب الإرادة الناشئ بسبب طارىء وهو اختلال التنفيذ

١٩٢ - تمهيد :

الاصل أن تنفيذ العقد هو مرحلة لاحقة مستقلة عن مرحلة تكوينه .
 فبعد تمام الانعقاد بالتراضي الصحيح يقوم كل من الماعدين بتنفيذ
 ما يلقيه العقد على عاتقه من التزامات . فإذا امتنع أحدهما أجبر على
 التنفيذ بقوة القضاء بناء على طلب صاحب الحق . فتنفيذ العقد
 إذن هو من مباحث آثار العقد ومتعلقاتها ، لا من مباحث عيوب الرضى
 تحقيق ما قد تم التراضي عليه سابقا بصورة سليمة في ذلك العقد .
 فوجود الرضى وسلامته من الشوائب التي تعيبه إنما هو ضروري في
 مرحلة الانعقاد . أما بعد ذلك فليس من الواجب أن يتم التنفيذ
 بالتراضي كما يتم الانعقاد ، بل كثيرا ما يقع التنفيذ بقوة القضاء
 جبرا على الطرف الممتنع بعد أن يكون رضاه عن التعاقد سليما
 كما بيناه .

(١) ملاحظة : قد بحث الاستاذ السنهوري بحثا مستفيضا موقفا عن
 انقضاء التعاقد في الفقه الإسلامي في الجزء الثاني من كتابه الجديد :
 « مصادر الحق في الفقه الإسلامي » الذي صدر بعد الطبعة الثالثة لهذا
 المسئل الفقهي .

وقد اعتمدنا على بحثه هذا في الغلط والتبسنا منه في هذه الطبعة
 الجديدة لهذا المدخل ...

وهذا الاجبار القضائي على التنفيذ لا يخل بالرضى المطلوب في انعقاد العقد ، بل هو احترام لهذا الرضى الذي سبق وجوده سليما ، وانشأ بين المتعاقدين حقوقا ووجائب ملزمة لهما شرعا في حدود حقوقهما الخاصة التي يملكان التصرف فيها .

غير ان هناك حالات من اختلال التنفيذ لها صلة وثيقة بالتراضي السابق . وذلك في حالات لا يستطيع فيها القاضي ان يحقق تنفيذ العقد بالشكل الذي وقع عليه التراضي اذا طلب اليه ذلك . فعندئذ يعتبر لاختلال التنفيذ - سواء أكان بتقصير من احد العاقدين ، أو بسبب لا يد له فيه - تأثير في ذلك الرضى السليم السابق من العاقد المتضرر فيصبح غير سليم ، لان ذلك الرضى لم يوجد منه الا على أساس الوصول الى تنفيذ العقد وفقا لحدوده المتفق عليها^(١) .

واشهر حالات هذا النوع من اختلال التنفيذ الذي يعيب الرضى السابق أربع :

أ - تفرق الصفقة .

ب - ظهور عيب غير مدلس في المبيع .

ج - ظهور المبيع مرهونا أو مأجورا .

د - امتناع العاقد عن الوفاء بشرط لا يمكن الاجبار فيه على التنفيذ العيني . وایضاح ذلك فيما يلي :

(١) علماء القانون يفصلون فصلا نهائيا بين مرحلة الرضى في العقد ومرحلة تنفيذه . وبحسب المنظر القانوني لا يمكن رجوع شيء من حالات اختلال التنفيذ الى عيوب الرضى ولو تعذر التنفيذ العيني ، لانه يوجد في القانون عند تعذر التنفيذ العيني طريق أخرى لتنفيذ العقد جبرا هي : التنفيذ بطريق التعويض .

٢/١٩٢ - ١ - تفرق الصفقة (١) :

تفرق الصفقة مناه تجزئة المقصد • ويكون ذلك في عقود
المفاوضات المالية عندما يحدث ما يستوجب هذه التجزئة ، كما لو اشترى
شخص شيئاً فهلك بعضه في يد البائع قبل التسليم • فالبيع في هذه الحال
يبطل حتماً في حق الجزء الهالك من البيع لفقدان محل العقد ، اذ لا عقد
بلا محل • وهكذا تفرق الصفقة على المشتري لانه اشترى الكل
فلم يتحقق له الا بعضه ، فيضطر أن يتم مطلوبه بصفقة أخرى ربما
لا تبسر له ، أو تكلفه ثمناً أكثر • ففي هذه الحال يمنح المشتري خياراً
في أخذ الباقي بحصته من الثمن أو ابطال العقد (رد المحتار :
اول خيار الشرط ٤/٤٦) • ومعنى ذلك ان تفرق الصفقة - الذي
هو اختلال في التنفيذ - عاده من الرضى السابق فمابه ، لان المشتري
لم يصدر منه ذلك الرضى الا على أساس شراء جميع العقود عليه ،
لا بعضه فقط •

ومثل ذلك يقال فيما اذا لم يحدث سبب تفرق الصفقة بعد
العقد - كالهلاك - ، بل كان موجوداً قبل التعاقد لكنه كان خفياً فظهر
بعد التعاقد ، كما لو بيع شيء محدد المقدار فظهر أنقص من القدر المسمى
في العقد • فهذا أيضاً تفرق للصفقة يختل فيه التنفيذ ويعيب الرضى ،
فيوجب الخيار للمشتري بطريق الاولوية (ر : المجلة / ٢٢٣ - ٢١٨ /
ومرشد الحيران ٣٥٤ - ٣٥٨) ذلك لان نقصان المحل مصاحب في الواقع
تكوين العقد وان تأخر ظهوره ومعرفة • فهو اشبه بالغلط الواقع حين
التعاقد ، بل يمكن اعتباره أيضاً صورة من الغلط •

(١) الصفقة في لغة العرب تستعمل بمعنى العقد • واصطلاحاً أنهم كانوا
عندما يتفق المتبايعان يضرب أحدهما بيده على يد الآخر عنواناً على الاتفاق
(ر : المصباح) •

ومل ذلك أيضا ما لو بيع شيء تضره التجزئة ، فظهر مستحق^(١) لبعضه . فان المشتري يخير في حق الباقي ، لا تقاض التنفيذ في الجزء الذي استحق فيحصل الرضى السابق لاختلال التنفيذ . (ر : الدرر أواخر باب الاستحقاق ١٩٣/٢ ومرشد الحيران/١٤٢) .

١٩٢/٣ - ب - ظهور عيب في المبيع غير مدلس :

تقدم أن العيب في الشيء المبيع اذا دلسه البائع على المشتري تدليسا فانه يعتبر من قبيل **الغلاية** ، ويوجب الخيار للمشتري . (ف١٧٧/٤) .
أما العيب غير المدلس - وهو الذي لم يكن البائع نفسه يعلم به - فقد تقدم انه يعتبر من قبيل **الغلط** ، ويثبت فيه الخيار أيضا للمشتري ولو لم يوجد من البائع خلاية ، لان المفروض ان المشتري انما يشتري على أساس السلامة من العيوب الخفية فاذا تبين خلافه كان واهما وواضعا في غلط واضح ، لان ارادته في قصد السلامة تعتبر مكشوفة ، ومن المقرر في القواعد : ان العبرة في العقود للمقاصد .

وهنا نرى أيضا ان العيب غير المدلس ، كما يمكن عده في الغلط ، يمكن اعتباره أيضا من قبيل اختلال التنفيذ - ولا سيما اذا حدث العيب في المبيع وهو في يد البائع بمبد البيع قبل التسليم - لانه اذا

(١) الاستحقاق هو ان يدعي أحد ملكية شيء موجود في يد غيره ، ويثبتها بالبينة ويقضى له بها . فلذا كان الشيء المستحق قد وصل الى ذي اليد بطريق الشراء ، يتبين ان البائع قد باع مالا يملك ، فينفسخ البيع ويرجع المشتري على البائع بالثمن ، كنا يرجع هذا البائع على بائعه أيضا ، وهكذا ...

والاستحقاق قد يقع على الشيء ، وقد يقع على بعضه فقط فيسمى :
استحقاقا جزئيا .

كان المفروض في العقد سلامة المبيع ، فظهور العيب يختل التنفيذ اختلالا لا يمكن تلافيه قضائيا . ذلك لأن القاضي لا يستطيع بسلطته ان يحقق تنفيذ البيع وفقا لما تم عليه التعاقد ، فيعيد الشيء المبيع سليما . وبهذا الاختلال في التنفيذ يختل رضى المشتري ، نظير ما تقدم في حالة تفرق الصفقة ، فيمنع حق الابطال المسمى خيار العيب ^(١) . (رد المختار ٧٢/٤ والمجلة / ٣٣٦ - ٣٣٧) .

٤/١٩٢ - ج - ظهور المبيع مرهونا ، أو مأجورا :

إذا باع شخص شيئا ، ثم تبين أن المبيع مرهون لدى شخص آخر ، أو مأجور له ولما تنقضى مدة الاجارة ، والمشتري لا يعلم ذلك عند الشراء ، كان له الخيار . ذلك المبدأ العام في العقود أن العقد بين اثنين لا يمكن ان تتأثر به حقوق مكتسبة لغيرهما ، لأن العاقدين لا سلطة لهما الا على حقوقهما الخاصة .

ففي مثالنا حق المستأجر في منفعة المبيع المأجور ببقية مدة الاجارة ، وحق الدائن المرتهن في احتباس المبيع المرهون حتى وفاء الدين ، هما حقان مصونان لا ينقضهما بيع المالك المؤجر أو الراهن .

ونتيجة ذلك ان المشتري لا يستطيع المطالبة بتسليمه المبيع الذي اشتراه حتى تنقضي الاجارة ، أو يفك الرهن . وبذلك يختل تنفيذ البيع ، ويختل تبعاً لذلك رضى المشتري الذي لم يشتر الا على أساس انه سيستلم المبيع من فوره ، وهو لا يعلم انه مرهون أو مأجور .

(١) نعيد هنا الى الذاكرة ما نقلناه سابقا عن الامام الكاساني في حاشية الفقرة (٥/١٩١ ص ٤٢٩) من قوله في تمثيل خيار العيب : « ... ولأن السلامة لما كانت مرغوب المشتري ولم يحصل ، فقد اختل رضاه » .

فلذا يعتبر الفقهاء هذه الحال عيبا يلحق رضى المشتري ، فيمنحونه خيارا يخير بموجبه : بين ان ينتظر انتهاء مدة الاجارة او فكك الرهن لكي يتسلم الميع ، او ان يطلب ابطال البيع • (ر : المجلة / ٥٩٠ و ٧٤٧) •

١٩٢/٥ - د - امتناع العاقد عن الوفاء بشرط لا يمكن الاجبار فيه :

اذا امتنع العاقد عن الوفاء بشرط صحيح اشترطه عليه العاقد الآخر في العقد ، فالاصل في ذلك ان يجبر الممتنع عن تنفيذ الشرط بسلطان القضاء ، كما تقدمت الاشارة اليه (ف / ١٩٢) • وهذا ما عليه الاجتهاد الحنفى واجتهادات أخرى •

ولكن قد تفترض هذا النظر صور وحوادث لا يمكن بحسب طبيعتها الاجبار القضائي فيها • وذلك كما لو باع شخص شيئا بشئ مؤجل الى أجل ، واشترط على المشتري ان يعطيه رهنا معينا أو أن يكفله كفيل معين • وانبرم العقد على هذا الشرط ، ثم امتنع المشتري عن تقديم الرهن او الكفيل ، أو رفض الشخص الثالث أن يكفل •

فالرأي الفقهي الراجح في هذه الحال أنه لا يمكن اجبار المشتري قضائيا على اعطاء الرهن المطلوب • ذلك لان الرهن عقد عيني كالتبرع فلا يصير تاما ولازما في حق الراهن الا بالتنفيذ والتسليم • وهو على كل حال عقد لا ينقذ الا بالتراضي ، ولا يمكن انتزاع الرضى جبرا على صاحبه • (ر : البدائع ١٧١/٥)^(١) •

(١) هذا نظر أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد في هذه المسألة • وذهب زفر بن الهذيل من اصحاب أبي حنيفة الى ان المشتري يجبر على اداء الرهن لذا امتنع ، لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوق العقد يجبر على تنفيذهما الطرف الممتنع (د : « البدائع » ايضا) •

ومثل ذلك يقال فيما اذا امتنع المشتري عن تقديم الكفيل
المشروط .

وعندئذ يختل تنفيذ البيع اختلالا لا يمكن تلافيه عن طريق
القضاء ، فيختل تبعاً له الرضى السابق من البائع ، لانه لم يبع الا على
أساس تقديم الرهن أو الكفيل ، فيمنح حق ابطال البيع ان شاء .

وعلى هذا يجب التمييز بين **اختلال التنفيذ والاخلال به** .

— فاختلال التنفيذ هو ما يكون نتيجة لحادث لا مجال معه لتنفيذ
العقد على الشكل الذي تم عليه التراضي ، وذلك كما في حالة تفرق
الصفة بهلاك بعض المبيع أو استحقاقه . وهذا الاختلاف يوجب الرضى دائماً
ويسوغ ابطال العقد .

— أما الاخلال بالتنفيذ فهو الذي يكون امتناعاً من أحد العاقدين
عن تنفيذ العقد بالشكل الذي تم عليه التراضي . أي انه تمت من أحد
العاقدين عن التنفيذ وهو قادر عليه .

وهذا الاخلال من أحد العاقدين لا يؤدي دائماً وحتماً الى تعيب
رضى الآخر وتخيره في ابطال العقد كما في حالة الاختلال ، بل يميز فيه
بين حالتين : اما ان يكون من الممكن اجبار المتنع على التنفيذ العيني
بقوة القضاء ، وحيتئذ لا يوجب الرضى ؟ واما أن لا يمكن فيه اجبار المتنع ،
فيعود عندئذ هذا الاخلال بتأثير منقطع على الرضى السابق ، فيجبه ويجوز
ابطال العقد .

وهذا التفصيل الذي رسمناه هنا في حكم الاخلال بالتنفيذ هو
الذي تقوم على أساسه نصوص المجلة وسائر النصوص الفقهية في

ملاحظات

١٩٢/٦ - يتضح مما سلف بيانه في مباحث عيوب الرضى كلها
الملاحظتان التاليتان :

١ - أن العقد في الفقه الاسلامي يقوم على أساس التراضي الحر
واقتراض الصدق والامانة وحسن النية بين المتعاقدين في انشاء
العقد ثم في تنفيذه كما تم عليه اتفاقهما ، وفاقا لقول الله تعالى في
القرآن العظيم :

(١) النظريات القانونية في آثار العقد تقضي بأن يمنح العاقد حق
فسخ العقد عند امتناع العاقد الآخر عن تنفيذ التزامه في العقود الملزمة
لجانبيين كالبيع والاجارة والصلح ، ولو كان من الممكن اجبار المتنع
على التنفيذ العيني قضائيا ، ويسمى هذا في اصطلاح علماء القانون :
حق الفسخ (وهم يميزون في اصطلاحهم بين الفسخ والابطال : فحق
الفسخ يستعمل في هذا المقام عند امتناع العاقد عن التنفيذ ، وحق الابطال
يستعمل في حالات عيوب الرضى فقط) .

وحجة علماء القانون في حق الفسخ هي ان العاقد قد تفوت مصلحته
في التنفيذ العيني اذا لم يتم التنفيذ في الموعد المحدد في العقد ؛ فيجب
ان يعطى مجالا للتدخل من رباط العقد ان شاء ، (مع تضمين العاقد المتنع
عن التنفيذ تمويضا عما لحق رفيقه من ضرر بسبب الامتناع الذي اضطره
الى الفسخ) وبهذا اخذ قانوننا المدني الجديد في المادة ١٥٨/ منه .

والذي أرى ان هذا النظر القانوني وجيه عادل . وهو مقبول في
قواعد الشريعة الاسلامية وفقهها الذي من أهم أسسه قاعدة دفع الضرر
المستمدة من قول الرسول عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » (ر : ف ٤٧
و ٥٨٦) وإذا كانت نصوص المذهب الحنفي لا تتقبله ، فإن في قواعد
المذاهب الأخرى ونصوص فقهاءها ما يؤيده تمام التأييد كما ظهر لي من
تتبع هذا الموضوع في فقه المذاهب .

« يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » .

وقد شرعت لتأييد هذا الأساس خيارات تمنح للعاقدين فتمطيه حقا في
ابطال العقد كلما ثابت ارادته نائية يختل معها رضائه ، مما يسمى
في لغة القانون : عيوب الرضى . وذلك اما لحماية العاقد من أن يذهب
ضحية اطمئنائه الى واجب الصدق وحسن النية المفترضين في رفيقه
اذا حاول رفيقه أن يستغل اطمئنائه هذا فيغدر به ، كما في صور الخلافة ؛
واما لاحترام الارادة السابفة من العاقد عندما يطرأ بعد العقد ما يخالف
مبناها ويوجب اعادة النظر فيها ولو دون تقصير من العاقد الآخر كما
في حالة تفرق الصفقة^(١) .

٢ - أن العبرة في بناء العقد وترتب أحكامه انما هي لارادة
الظاهرة بالايجاب والقبول . فما دخل تحت دلالتها وحدودها فهو المعبر
دون المقاصد الباطنية في نفس احد العاقدين مما هو مستتر عن العاقد
الآخر ومندور في جهله ، ما لم يدل على شيء من هذه المقاصد دليل

(١) الخيارات التي تمنح لاحد العاقدين فتمطيه حق ابطال العقد ،
دفعاً للضرر عنه ، هي في الفقه الاسلامي أكثر عددا مما رأينا هنا في مباحث
عيوب الرضى ، ولكن ما رأيناه هنا هو أهمها .

ومنها ما لا ينشأ عن عيب في الرضى ، كخيار الشرط . المشروع لتمكين
العاقد من التروي ولا يثبت للعاقدين الا اشتراطا في العقد .

وقد عدد المحقق في الدر المختار معظم هذه الخيارات في اول باب
خيار الشرط من كتاب البيوع ، فبلغت تسعة عشر نوعا (ر : رد المحتار
٤٥/٤ - ٤٦ / والمجلة / ٣٠٥ - ٣٦٠) .

وسميت بحث اجمالي ايضا عن الخيارات بوجه عام في آخر بحث
« الالتزام » من الآثار العامة للعقود فليتنظر (ف / ٢٠٣) .

يجعلها واضحة بالنسبة الى العاقد الآخر ؛ فنحن نؤيد تدخل تلك المقاصد في حساب العقد ، ويحتج بها على العاقد الآخر ، كما ظهر من الامثلة التي اوردناها في الفصل الواضح ، وفي اختلال التنفيذ •

وبذلك يكون الفقه الاسلامي قد وفق في نظرية العقد توفيقا جيدا بين مبدأ احترام الارادة ومبدأ استقرار التعامل ، فجمع بين المبدأين خير جمع ، ووزع اعتبارهما على الاحوال المختلفة خير توزيع •

الفصل الثالث

آثار العقد وما إليها

الآثار العامة للعقود

النقل ، والالتزام

١٩٣ - للعقود آثار عامة ، وآثار خاصة تخص بعضها
دون بعض .

- فالآثار الخاصة هي الأحكام والنتائج الحقوقية التي ترتب على
كل عقد بحسب موضوعه .

فالبائع ينقل الملكية لقاء عوض ؟ والهبة تنقلها بلا عوض ؟ والأجرة
تفيد تمليك المنافع بعوض أيضا ؟ والرهن ينشئ حق احتباس مال المدين
في مقابل الدين ؟ والوكالة تنيب الوكيل عن الموكل في التصرف ؟
وهكذا ... فكل عقد له أثر خاص به هو حكمه الشرعي ، ويبحث عنه
في بابهِ المخصوص .

- وأما الآثار العامة فهي ما تشترك فيه العقود ، جميعها أو معظمها ،
من أحكام ونتائج ؟ وهي غرض مباحثنا هنا .

فالعقود أثران عامان يعتبران من النتائج الطبيعية الأصلية في معظم
العقود والاتفاقات ، وهما : **النقل والالتزام** .

وسنعالج كلا منهما اجمالاً في بحث فرعي على حدة .

الفرع الأول

النفاذ

البحث الأول

معنى نفاذ العقود - نظرية التوقف ، أو عدم
النفاذ - أنواع العقود الموقوتة - أنواع المانع من
النفاذ - استناد النفاذ (أي اثره الرجعي) بعد زوال
المانع - قاعدة : « الاجازة اللاحقة كالكفالة السابقة » -
ملاحظات .

١٩٤ - نفاذ العقود معناه أن العقد منتج نتائج المرتبة عليه شرعا
منذ انعقاده . أي ان حكم ذلك وآثاره الخاصة في الحقوق والأموال التي
ورد العقد عليها حاصلة بمجرد رضی عقديه .

١ - نفاذ البيع مثلاً معناه أنه بمجرد انعقاده صحيحاً قد نقل ملكية
المبيع الى المشتري وملكه الثمن الى البائع ، وأوجب بين الطرفين سائر
الالتزامات الأخرى التي أنشأها ؛ كوجوب التسليم والتسليم ، وضمان
العيب في المبيع ان ظهر فيه عيب ، الخ ...

٢ - ونفاذ عقد الزواج معناه أنه بمجرد انعقاده كذلك صحيحاً قد
أحل المتعة الزوجية بين الزوجين ، وأوجب على كل منهما الحقوق
والالتزامات المتقابلة التي ينشئها العقد بينهما ، فأصبح الرجل مسؤولاً

بنفقة المرأة بحدودها وشرائطها المشروعة ، وأصبحت المرأة مسؤولة بتأمينه
وطاعته المشروعة ، إلخ ...

وهكذا يقال في كل عقد ، كالأجارة والصلح والتسمة وغيرها ..

فمتى كان العقد منتجاً نتاجه منذ انعقاده صحيحاً بالشكل المشروح
سمي عندئذ : **عقداً نافذاً** (ر : المجلة / ٣٧٤) .

وعكس النافذ هو **الموقوف** . فالعقد الموقوف لا ينتج حكمه منذ
انعقاده ؛ بل أنه - رغم انعقاده صحيحاً - تكون آثاره الخاصة النوعية
وسائر نتائجه الحقوقية متوقفة ، أي معلقة محجوزة لا تتحقق ولا تسري
لوجود **مانع** يمنع تحققها وسريانها شرعاً .

وذلك كما في حالة الإكراه ، فإن من استكره على إجراء عقد
لا يريد أن يكون عقده موقوفاً حتى يرضى بفاذه عليه بعد زوال الإكراه ،
كما تقدم في بحث عيوب الرضى^(١) .

(١) تقدم هناك أن هذا أحد رأيين في المذهب الحنفي ، وهو رأي
زفر بن الهذيل من أصحاب أبي حنيفة ، وهو الذي اعتمدناه ، والرأي
الأخر أن الإكراه على عقد يجعله فاسداً لا موقوفاً ، وهو رأي أبي حنيفة
نفسه (ر : ف / ١٨٥ الحاشية) .

وهنا تظهر ثمرة اعتبار الإكراه من أسباب عدم نفاذ العقود إلى جانب
اعتباره من عيوب الرضى كما تقدم . ذلك لأن من المقرر في نظرية الإكراه
أن العقد المستكره عليه هو ، رغم انعقاده ، غير منتج لآثاره ما لم يرض به
الشخص المستكره بعد زوال الإكراه ، بينما إن سائر عيوب الرضى الأخرى
لا تمنع ترتب الأحكام على العقود التي تمتاز بها تلك العيوب ، وإنما يمنع
فيها المعاقلة التي عيب رضاها حق الإبطال كما تقدم . ولذا وجب أن يعتبر
في العقد بالإكراه معنى **فأخذ** على عيب الرضى هو **التوقف** .

وكذا لو باع شخص ملك غيره بلا إذن منه ، أو زوج الأب مثلا ابنته الكبيرة الراشدة دون إذنها . فالعقد هنا يتجاوز حقوق عاقديه ويمس حقوقا لغيرهما . وذلك الغير هو مالك الشيء المبيع في مثال البيع ، والبنت في مثال التزويج . فحقوق الغير هذه تعتبر مانعا يمنع من ثبوت آثار هذا العقد فبقي هذه الآثار معلقة ما بقي هذا المانع ، فلا تتحقق ولا تسري حتى يزول .

ففي مثال البيع لا تنتقل الملكية ولا يستحق الثمن ؛ وفي مثال التزويج لا تحل المتعة ولا تثبت الحقوق الزوجية حتى يزول ذلك المانع ، بأن يرضى المالك بالبيع الواقع على ملكه ، وترضى البنت بالتزويج الذي أجراه أبوها دون إذنها ؛ فمعدئذ ينفذ ذاك البيع وهذا الزواج ، أي ترتب عليه آثاره النوعية المقررة له شرعا ، لأنه يزوال المانع يبرز الممنوع ، كما تقدم ، في بحث المانع (ف/ ١٤٣) .

هذه نظرية **التوقف** ، أو عدم النفاذ ، ترتكز كما ترى على نظرية المانع التي سلف شرحها آخر **المعلومات التمهيدية** المقدمة في أول هذا الباب الثاني .

١٩٤/٢ - أنواع هذا المانع :

لكي نستطيع حصر أنواع هذا المانع الذي يمنع نفاذ العقود ، ونردها الى مبادئ عامة كلية يحسن :

- **أولا** : أن نعرض الانواع الاساسية للعقد الموقوف في مختلف صورته وأشكاله .

- **ثانيا** : أن نستخلص على ضوء ذلك العرض أنواع موانع النفاذ التي تترامى من خلال أنواع العقد الموقوف ، وهذا ما سنعالجه فيما يلي :

١٩٤/٣ - (١) - أنواع العقد الموقوف :

إن التسع الفقهي يوقعا على أنواع كثيرة للعقد الموقوف أوصلها فقهاء الحنفية الى ثمانية وثلاثين نوعا (ر : الدر المختار ورد المختار ، فصل الفضولي من كتاب البيع ٤ / ١٣٩) .

غير أننا نخص بالذكر والايضاح منها هنا سبعة أنواع نراها هي الانواع الاساسية التي يكفي عرضها لمعرفة موانع النفاذ وهي :

١ - **العقد بالاكراه** : على رأي من يرى أنه موقوف لا فاسد وهو رأي الامام زفر الذي اعتمدناه كما تقدم آنفا . (ف / ١٩٤) .

٢ - **عقد الصغير المميز** : اذا تصرف في أمواله تصرفا يحتمل النفع والضرر ، كالبيع والاجارة والقسمة والصلح الخ ... ذلك لأنه قاصر ناقص الاهلية فهو محجور شرعا لحماية لحقوقه وأمواله . وإنما يتصرف عنه نائبه الشرعي من ولي أو وصي .

فإذا عقد الصغير المميز بنفسه عقدا محتملا للنفع والضرر كان عقده غير نافذ ، لأن حق التصرف في ماله ليس له بل لنائبه الشرعي . فيتوقف عقده على اجازة نائبه ، فلن رأى فيه المصلحة له أجازه فنفذ ، وإن رده بطل ، كما سنرى في نظرية الاهلية والولاية^(١) .

٣ - **عقد السفه المحجور عليه** : والسفيه هو من يبذر أمواله ويبددها في طرق غير معقولة . فهذا يحجر عليه القاضي ، ولو كان

(١) سنرى هنا أن سن التمييز تبدأ شرعا وقانونا في تمام السنة السابعة وتنتهي ببلوغ سن الرقعة المحددة في قانون الاحوال الشخصية وفي القانون المدني .

كبيراً ، فيصح بالحجر عليه قاصراً كالصغير المميز ، وقيم القاضي عليه
وصا يتصرف عنه ، صيانة لماله وعياله •

فإذا عقد السفه المحجور بنفسه عقداً محتملاً للنفع والضرر كان
عقده موقوفاً على إجازة وصيه ، فإن أجازته نفذ وإن رده بطل •

٤ - عقد المدين بدين مستغرق :

المدين إذا استغرت ديونه أمواله جاز شرعاً للقاضي حجره ، أي
منعه عن التصرف في ماله ، بناءً على طلب غرمائه الدائنين صيانة لحقوقهم ،
كيلاً يلجأ بالتصرف إلى تهريب أمواله من وجوههم • وعندئذ لا يحق له
بمد الحجر عليه أن يتصرف في أمواله •

فإذا عقد عليها عقداً كما لو باع أو وهب أو رهن شيئاً منها فقد
موقوف على إجازة الرماء^(١) •

(١) أما قبل الحجر عليه قضاء فقد كانت نصوص أئمة المذاهب
الاجتهادية تقضي بنفاذ تصرفه باعتبار أن الديون متعلقة بلمته وعهده ،
أما أعيان ماله فهي حرة مثقلة بحق واحد ، فينفذ فيها تصرفه • هذا هو
المنقول في أصول المذهب الحنفي والحنبلي •

ولكن المتأخرين من فقهاء الحنابلة لما كثر لجوء المدينين إلى التصرف
بأموالهم تهريباً لها ، افتوا بعدم نفاذ التصرفات المالية من المدين إلا فيما
يزيد من أمواله عن وفاء ديونه بناءً على قاعدة المصالح المرسلة •

ثم تبهم متأخرو الحنفية فافتوا أيضاً بعدم نفاذ وقف المدين غير
المحجور إلا فيما يزيد من أمواله عن وفاء الدين بناءً على قاعدة الاستصلاح
أيضاً عندما كثر التجاه المدينين إلى وقف أموالهم ليكيدوا الدائنين
ويحرجوهم من الاستيفاء •

والذي نرى أن نص متأخري الحنفية على عدم نفاذ وقف المدين يدل
بطريق الأولوية على عدم نفاذ تبرعاته وسائر عقود الضرر بحقوق الدائنين •
(انظر ما تقدم ف/٧٠ / الحاشية ، وسيأتي أيضاً ف/٥٤٣ /
الحاشية) •

٥ - تصرف المريض مرض الموت ^(١) اذا تبرع بأي طريق كان (بهبة ، أو وصية ، أو بيع مع المحاباة بالتمن) بما يزيد عن ثلث تركته . ف تبرعه هذا لا ينفذ في المقسم الزائد عن ثلث التركة ، لأنه محجور عنه شرعا ؛ بل هو موقوف على اجازة ورثته ، فان أجازوه نفذ ، وان ردوه بطل . هذا اذا تبرع لغير الوارث ولم يكن عليه دين مستغرق لتركته .

فان تبرع لأحد وورثته كان تبرعه هذا موقوفا على اجازة باقي الورثة مهما قل مبلغ التبرع ، لأن تبرعه المنجز في مرض موته هو في حكم الوصية المضافة الى ما بعد الموت ومن المقرر في أحكام الشريعة بين جمهور المجتهدين أنه « لا وصية لوارث » (٢) . (ر : ف / ١٠٦) .
وان كان عليه دين مستغرق توقف تبرعه على اجازة الدائنين .

٦ - تصرفات الرجل المرتد عن الاسلام ، من معاوضات مالية كالبيع ، أو تبرعت كالهبة والوقف والوصية . فان عقوده في حال رده وسائر تصرفاته المالية من هذا النوع تعتبر موقوفة غير نافذة : فاذا

(١) مرض الموت هو المرض الذي يقعد الشخص عن عمله المعتاد ويتصل بالموت ، فان شفي منه فهو مرض عادي وليس مرض الموت .
والشرع الاسلامي يطلق للشخص في مرض موته حق التبرع بثلث أمواله على الأكثر ، ويحججه عن التبرع بما زاد عن الثلث ، صيانة لحقوق الورثة .

وسياقي تفصيل نظرية مرض الموت في بحث عوارض الاهلية (ف ٣ / ٤٦٢) .

(٢) هذا نص حديث نبوي مختلف في درجته لكنه مروي بطرق عديدة يقوي بعضها بعضا ، وقد تلقاه أئمة المذاهب بالقبول (ر : د نصب الراية » للزيلعي كتاب الوصايا ٤ / ٤٠٣ وشرح الجامع الصغير للمناوي تحت الحديث / ٩٩٣) .

عاد الى الاسلام فذنت ، وان مات ، أو قتل ، أو التحق بدار الحرب وقضى
القاضي باعتباره ملتحقا بها بطلت تلك العقود والتصرفات^(١) .

٧ - عقد الفضولي :

الفضولي في اللغة هو : المشتغل بما لا يعنيه (القاموس) .

وشرعا هو : من تصرف في حقوق غيره تصرفا فوليا دون تفويض
مشروع .

فإذا كان يتصرف في حقوق غيره بتفويض مشروع لم يكن فضوليا ،
بل يكون نائباً عن ذلك الغير : أما نيابة شرعية كولي الصغير^(٢) . وأما
نيابة قضائية كالوصي الذي ينصبه القاضي على اليتيم ؟ وأما نيابة عقدية
كالوكيل .

أي ان التفويض يكون مصدره : اما الشرع ، واما القضاء ، واما
التعاقد .

فمن لم يكن مفوضا في التصرف عن غيره من أحد هذه المصادر

(١) هذا نظر أبي حنيفة . أما أصحابه (أبو يوسف ومحمد) فريان
أن تصرفات المرتد نافذة ، لأن الردة لا تأثير لها في أهليته الثابتة . وحجة
أبي حنيفة أن ودة الرجل جريمة عظمى توجب قتله شرعا . فتجعل ملكه
في أمواله مملقا على نتيجة أمره ، وإن نفاذ التصرفات في المال يستلزم ملكية
ثابتة فيه للمتصرف .

أما المرأة فإن ردتها لا توجب قتلها شرعا بل تحبس مؤبداً ، فملكيتها
مستقرة بالاتفاق ، فتصرفاتها نافذة بالاتفاق (رد المحتار باب المرتد
٢٩٨/٣ و ٣٠٠) .

(٢) مثل أبيه ، ثم جده عند عدم الأب . وسنرى في نظرية الاهلية
والولاية مراتب الأولياء وتسلسلهم وصلحياتهم . (ف/٤٦٦ - ٤٦٨) .

فهو فضولي • وذلك كما لو باع شخص أو أجر ملك غيره ؛ أو عقد زواج امرأة دون اذنها • وكذا لو باع أحد الشريكين أو أجر ، أو رهن ، أو وهب المال المشترك جميعه ، أي حصته وحصة شريكه ، دون تفويض من الشريك ، فإن العقد يكون موقوفا بالنسبة الى حصة الشريك •

وان العاقد في كل ذلك وأمثاله يسمى في اصطلاح فقهاءنا فضوليا ؛ حتى أن الأب اذا عقد زواج ابنته الكبيرة الراشدة دون اذنها ، ولو كانت بكرا ، يعتبر أيضا فضوليا ويتوقف نفاذ عقده على اجازتها •

ملاحظة :

ويجب أن يلحظ في هذا المقام أن الفضول لا يكون الا في حدود التصرف القولي • اما اذا أعقب التصرف القولي بطريق الفضول تنفيذ فعلي ، كما لو باع شخص ملك غيره وسلمه الى المشتري ، فإنه عندئذ يصبح غاصبا ، ويأخذ عمله حكم النصب •

٤/١٩٤ - (ب) - أنواع المانع من النفاذ :

بعد عرض تلك الأنواع الاساسية المختلفة الصور للعقد الموقوف يترامى من خلالها أن الموانع المختلفة التي تمنع نفاذ العقد وتجعله موقوفا يمكن ردها جميعا الى نوعين اثنين : الاكراه ، وحق الفيدأى غير العاقدين :

- فأما الاكراه فأمره واضح مما تقدم في بحثه الخاص من عيوب الرضى •

- وأما حق الفير فله ثلاثة أوجه :

١ - اما أن يكون حق النهر متعلقا بعين المجل المقود عليه ، كما في بيع ملك الغير • ويدخل في ذلك أيضا تبرع المريض مرض الموت بما يزيد عن ثلث أمواله ، فإن التوقف فيه إنما هو لحقوق الورثة •

وكذا تصرف المرتد ، فإن التوقف فيه لحقوق الورثة أو بيت المال لأن عقوبة المرتد هي القتل وجوبا ما لم يرجع الى دين الاسلام •

٢ - واما أن يكون متعلقا بمالية المحل المقود عليه دون عينه ، كما في تصرف المدين غير المحجور عليه بما يضر حقوق الدائنين ، فإن حقوق الدائنين متعلقة بمالية أمواله لأجل استيفاء ديونهم وليست حقوقهم متعلقة بأعيان أمواله ؛ حتى أنه لو استطاع أن يأتي بمال آخر يفهم به حقوقهم نفذت تصرفاته الموقوفة في أمواله تلك التي تماقد عليها ، ولو كانت حقوقهم متعلقة بعين مال المدين كحقوق الورثة في أعيان التركة لما أمكن صرف الدائنين عن أخذ العين بدفع الدين اليهم نقدا •

٣ - واما أن يكون متعلقا بصلاحيه التصرف نفسه لا بمحلله المقود عليه • ويدخل في ذلك تصرف ناقص الاهلية المحجور عليه حجرا شرعيا بسبب الصغر ، كالصغير المميز ، أو حجرا قضائيا بسبب السهم ، أو بنسب الدين المحيط •

فناقص الاهلية من صغير قاصر ، أو سفيه أو مدين محجورين ، لا يملك حق التصرف في حقوقه وأمواله ، لأن حق التصرف إنما هو لثأبه من ولي ، أو وصي ، أو حارس قضائي ؛ فهو الذي يتصرف عنه ، كما سنرى تفصيله في نظرية الاهلية والولاية • فإذا تصرف ناقص الاهلية من تلقاء نفسه دون إذن من ثأبه الشرعي كان متجاوزا على حق هذا الثأب وصلاحيته ولو أنه إنما يتصرف في حقوقه وأمواله • فيتوقف

تصرفه على اجازة ذلك النائب الشرعي صاحب حق التصرف : فان أجازته نفذ ، وإن رده بطل .

٥/١٩٤ - النفاذ بعد التوقف يكون مستندا دائما :

يتضح مما سلف أن العقد غير النافذ يعتبر منقدا صحيحا قبل الاجازة أو الرفض في نظر الاجتهاد الحنفي . فالاجازة من صاحب الحق تكسبه النفاذ ، والرفض يلغيه .

وبناء على ذلك اذا وجدت الاجازة يكون لها استناد وانعطاف ، أي تأثير رجعي . فبعد الاجازة يستفيد العاقد من ثمرات العقد منذ انعقاده ، لأن الاجازة لم تنشأ العقد انشاء بل أنفذته نفاذا ، أي فتحت الطريق لآثاره الممنوعة المتوقفة لكي تمر وتسري ، فتلحق تلك الآثار بالعقد المولد لها اعتبارا من تاريخ انعقاده لا من تاريخ الاجازة .

والنظرية الحاكمة في هذا الموضوع هي ان : **الاجازة اللاحقة**

كالوكالة السابقة .

فبعد الاجازة يعتبر العاقد الفضولي كوكيل عن صاحب الحق قبل العقد . وبما أن تصرفات الوكيل نافذة على الموكل منذ صدورهما يكون عقد الفضولي نافذا على المجيز نفاذا مستندا الى تاريخ العقد .

والاجازة لا تنحصر في التعبير الصريح ، بل كل وسائل التعبير عن الارادة من وسائل صريحة أو ضمنية ، وقولية أو فعلية ، مما يقبل في انشاء العقود ، قبل في اجازة العقد الموقوف .

فمن يلفه بيع فضولي لماله ، فسلم الى المشتري ذلك المال طوعا ، يعتبر تسليمه اجازة لعقد الفضولي .

وإذا عقد فضولي زواج امرأة على رجل قبلها العقد ، فطاوعت في الزفاف اليه ، كان ذلك منها اجازة •

ولصحة الاجازة بعض شرائط ترى في بحث النفسولي من كتاب البيع في مدونات الفقه الحنفي (ر : رد المحتار ١٤٠/٤ والمجلة ٣٨٧/) •

وأهم تلك الشرائط أن لا يسبق الاجازة رفض من صاحب حق الاجازة ، لأنه اذا سبق منه رفض للعقد الموقوف بطل العقد ، فلا يقبل اجازة بعد ذلك ، كما سنرى في بحث البطلان من نظرية المؤيدات •

١٩٤٠/٦ - ملاحظات :

يجب أن يلحظ على ضوء ما تقدم من المباحث الملاحظتان التاليتان :

١ - ان العقد الموقوف لا يكون دائما متوقفا نفاذه على اجازة شخص غير العاقد ، بل هذا هو الاغلب ؛ فقد يكون متوقف النفاذ لا على اجازة أحد ، بل على زوال حالة أوجبت عدم النفاذ • كما في تصرفات المرند عن الاسلام • فان نفاذ تصرفاته تتوقف على عودته الى الاسلام في نظر أبي حنيفة ؛ فاذا عاد الى الاسلام نفذت تصرفاته الموقوفة ، واذا مات على الردة ، أو قتل ، أو التحق بدار الحرب^(١) بطلت •

(١) دار الحرب في اصطلاح الفقه الاسلامي ليس معناها البلد الذي فيه حرب فعلية قائمة مع الدولة الاسلامية ، بل كل بلد ليس للدولة الاسلامية عليه سيطرة تتمكن منها من اجراء احكام الاسلام فيه علينا هو دار حرب ، لاحتمال قيام حرب بين اهله والمسلمين • ويلحق بدار الحرب البحار الملحة والمغازات التي لا سيطرة عليها لاحد (ر : المحتار آخر باب « المستأمن » من كتاب الجهاد ٢٤٤/٣ و ٢٥٥) •

٢ - ان الغاية الشرعية من نظرية التوقف ليست دائما حماية حق الغير • بل قد تكون غاية التوقف في كثير من الحالات حماية حق المتصرف نفسه ، كما في العقد بالاكراه ، وعقد الصغير المميز •

كما يلاحظ أنه حتى في هذه الحالة (التي يكون فيها التوقف لحماية حق العاقد نفسه) يمكن أن يعتبر المانع من النفاذ هو حق الغير • وهذا واضح لا غرابة فيه بعد أن عرفنا أن حق الغير ليس من الضروري أن يكون متملقا بمحل العقد ، بل قد يكون في صلاحية التصرف • فللمانع على النفاذ في عقود الصغير ناقص الاهلية هو حق الغير ، أي حق نائبه الشرعي في التصرف عنه • أما الغاية الشرعية من وقف عقود هذا الصغير على اجازة نائبه الشرعي فهي حماية أموال الصغير المتصرف نفسه وحماية حقوقه من سوء تصرفه ، لعدم رشده •

البحث الثاني

منى نفاذ العقود على الأشخاص

٧/١٩٤ - رأينا أن العقد لا يجوز أن يتجاوز على حقوق الغير ، فان تجاوز توقف وامتنع نفاذه ، كما في عقد الفضولي •

لكننا نرى أشخاصا غير العاقد ينفذ عليهم عقد العاقد وتقيدهم التزاماته الحقوقية كما لو كانوا هم العاقدين ، فهم في حكم العاقد نفسه ، وليسوا أشخاصا ثالثين ، بالمعنى المقصود من لفظ « الغير » • وذلك كما لو رهن شخص بعض ماله في مقابل دين عليه ، ثم مات ، فان هذا الرهن نافذ على ورثته ، وإن لم يعقدوه هم • فلا يستطيعون أخذ المرهون من المرتهن واقتسامه بينهم ما لم يوفوه الدين كاملا ؟ وإن

كانوا غير مجبرين على وفاء الدين من أموالهم الخاصة ان لم يكن في
التركة وفاء .

لذلك وجب أن نعرف من هم الاشخاص الذين في حكم العاقد
تسري عليهم آثار عقده وتنفذ في حقوقهم ، فيكون سواهم هو المقصود
بكلمة (الغير) في قولنا : ان العقد لا ينفذ في حقوق الغير .

ان تتبع الاحكام الفقهية فيما يتعلق بالعقد وآثاره تدل على أن
الاشخاص الذين لهم حكم العاقد نفسه من كل الوجوه أو من بعضها
تنفذ في حقهم وتسري عليهم آثار عقده ضمن حدود معينة ، هم الاصناف
التالية :

١ - المتوب عنه في العقد المقود بطريق النيابة ، في جميع صورها
(من ولاية ، أو وصاية ، أو وكالة)^(١) .

نفقد النائب عن المتوب عنه نافذ على هذا الاخير كما لو بانشره
بنفسه وهو أهل لمباشرته . فالوكيل يبيع أو اجارة أو صلح أو تزويج
أو تطليق أو بأي تصرف آخر اذا قام بهذا التصرف عن موكله ضمن
حدود وكالته تسري على الموكل جميع الآثار النوعية لهذا التصرف من
تمليك والتزامات واسقاطات وزوجية وفراق ، بحسب نوع التصرف
الموكل به .

(١) الولاية هي نيابة شرعية ثابتة لبعض اقرباء الشخص القاصر كابيه
وجده بترتيب معين .

ولوصاية هي نيابة قضائية لشخص ينصبه القاضي للتصرف عن
ايتام قاصرين يسمى : وصيا .

والوكالة نيابة تعاقدية ، كما تقدم في النوع / ٧ / من المقود الموقوفة
وهو عقد الفضولي .

وكذا الولي أو الوصي على صغير قاصر أو على كبير مجنون ، إذا أبرم عقدا لمصلحة الصغير أو المجنون ضمن حدود سلطة الولاية أو الوصاية شرعا ، كما لو اشترى لهما ما يحتاجان إليه أو باع ما يستنيان عنه ، أو أجر مالهما أو استأجر لهما ، الفح ٥٥٠ .

فكل ذلك نافذ ساري الآثار على الصغير أو المجنون • فيملكان ما اشترى لهما ، ويلتزمان بشئيه في أموالهما يوفيه بالنيابة عنهما الولي أو الوصي ، كما يخرج من ملكهما ما بيع من أموالهما •

ومن هذا القبيل العقود التي يجريها الحاكم على الأفراد بمقتضى سلطته الشرعية وولايته العامة ، كبيع القاضي أموال المدين الماطل لأجل وفاء الدين ، وبيعه الأموال المحكرة جبرا على محتكرها •

وهذا النفاذ المباشر في عقد النائب على النوب عنه هو المميز الأساسي .
لمقد النائب عن عقد الفضولي كما تقدم •

٢ - التفضل عليه (١) :

يوجد حالات استثنائية يعتبر فيها غير النائب كالنائب في تصرفه

★ (١) في الفقه القانوني عند علماء القانون لا توجد نظرية العقد الموقوف كما في الفقه الإسلامي •

ولكن في مصادر الالتزام يبحثون فيما يسمونه « التفضالة » واسميناه نحن هنا فيما يتعلق بالعقود « تفضلا » ويوسعون حق التفضل في الزام التفضل عليه ونفاذ تصرفاته في حقه الى نطاق يعتبر في نظر الفقه الإسلامي فضولا محضا لا تفضلا •

وقد رأينا أن لفظ « التفضالة » غير موجود في العربية ، فاستبدلنا به لفظ « التفضل » وآثرنا استعماله هنا في فقهنا عنوانا على الحالات الاستثنائية التي ينفذ فيها تصرف الشخص على غير دون سابق إذن •
وبذلك نميز بين موضوعين يجب التمييز بينهما في الاسم ، وهما :

بشؤون غيره وذلك كما لو كان شخصان مترافقين في سفر فمات أحدهما ،
فقام الثاني تجهيزه ودفنه وجمع أمواله ونقلها الى وريثه ؛ وفي سبيل
ذلك باع أمتعه واشترى ما يحتاج اليه تجهيزه ودفنه . فان تصرفاته هذه
تنفذ على أصحاب الحقوق في تركه الميت استحسانا ، ولا يعتبر الرقيق
فضوليا . ولا يضمن ما أنفق . وقد فعل ذلك الامام محمد ، إذ مات بعض
تلاميذه ، فباع محمد كتبه لتجهيزه فقبل له : « انه لم يوص » (أي انه
لم يمين قبل وفاته وصيا على تركته لادارتها) فسلما محمد قوله تعالى :
« والله يعلم المفسد من المصلح » .

فما كان على هذا القياس من التفضل فمقبول . وضابطه الذي تدل
عليه الفروع الفقهية أن يكون التفضل مستمعا الى عرف ، او اضطرارا .
وله أمثلة كثيرة مذكورة في كتاب النصب من رد المحتار (١١٧/٥) ،
وفي الاشباه والنظائر لابن نجيم ، كما سنرى في الجزء الثالث من
هذه السلسلة الفقهية وهو (المدخل الى النظرية العامة للالتزام في الفقه
الاسلامي ف/٦٥) .

ومن هذا القبيل تصرف أحد الشريكين في الاتفاق على اصلاح
العقار المشترك الذي لا يقبل القسمة اذا احتاج الى النفقة التعميرية
الضرورية وامتنع الآخر عن الاتفاق ، فان لشريكه أن ينفق هو ، ويرجع
عليه بحصته من النفقة^(١) .

— « الفسوق » الذي يتوقف فلا ينفذ .

— « والتفضل » الذي ينفذ على الغير ويلزمه .

(١) نصت المادة ١٣١٣/ من المجلة على أن الشريك المنفق في هذه
الحال اذا أنفق باذن الحاكم يزجج على شريكه بحصته من النفقة الفعلية .
اما اذا أنفق بدون اذن الحاكم فانه يرجع على شريكه بحصته من قيمة
الابنية والتعميرات والفرق بينهما أن قيمتها مبنية تكون في العادة أقل مما
أنفق عليها فعلا .

فهي أيضا نفذت على الشريك عقود النفقة التي أجراها شريكه الآخر
دون نيابة عنه أو إذن •

٣ - الوارث : فإن جميع عقود مورثه التي يقدها منجزة في حال
صحته وكمال رشده وينشئ بها لغيره حقوقا عينية تتعلق بشيء من أعيان
ماله ، أو ينشئ بها التزامات مالية على نفسه ، كل ذلك تعتبر تركته مثقلة
به ، ويعتبر نافذا في حق الوارث يحتج به عليه ، فلا يخلص له من التركة
شيء إلا ما فضل منها عن وفاء هذه الحقوق •

فمثلا لو أن المورث كان راحنا لبعض ماله فأراد الوارث أن يأخذ
المرهون من المرتهن بحجة أنه قد ملكه ارثا ؛ لا يحق له ذلك إلا بعد وفاء
الدين الذي على التركة ، لأن للمرتهن حقا في مالية المرهون ثبت له بعقد
المورث قبل ثبوت ملك الوارث في التركة • وهكذا يقال فيما سوى ذلك
من العقود •

٤ - الموصى له بعين معينة من تركة الموصي :

فإن هذه العين الموصى بها إذا كانت لا تتجاوز ثلث التركة تنتقل
إلى الموصى له مثقلة بجميع الحقوق التي كان أنشأها عليها الموصي
بعقد صحيح •

فلو كانت العين مأجورة تكون الاجارة نافذة في حق الموصى له ،
وسارية عليه ، فلا يستطيع أخذ العين إلا بعد انقضاء مدة الاجارة^(١) •

(١) الاجتهادات الاسلامية مختلفة في انفساخ عقد الاجارة بموت أحد
العاقدين أو عدم انفساخه •

والراجع في الاجتهاد الحنفي الانفساخ ، وفي الاجتهاد الشافعي
عكسه •

- يتضح من هذه الاحوال التي يسري فيها وينفذ عقد الشخص على غيره ، ان هذا النفاذ على الغير يرجع الى أحد سببين : التمثيل ، والخلفية .

- فالتمثيل هو كون الماقد انما يمثل شخص ذلك الغير ويقوم مقامه تياما مشروعا في التعاقد نفسه ؛ كما في حالي التباية والتفصل .

- والخلفية هي أن يحل بعد التعاقد غير الماقد محل الماقد في ملكية أمواله وحقوقه ؛ كما في حالي الوصية والارث .

وبما أن الخلفية ينتقل فيها الملك والحقوق انتقالا عن الماقد الى غيره كان من الطبيعي أن تسري على الخلف آثار عقود سلفه ، لأن الشخص لا يستطيع تمليك أكثر مما يملك ؛ وأموال السلف مثقلة بآثار عقود النافذة عليه ، فتنتقل كما هي ، لأن الانتقال لا يلغي الحقوق المكتسبة الثانية^(١) .

والمثل الذي أوردناه يتمشى على القول ببقاء الاجارة وعدم انفساخها بالموت ، وهو الذي عليه الاحكام القانونية لدينا .

(١) يقسم علماء القانون في هذا المقام الخلف الى صنفين :

- خلف خاص ، وهو الذي يخلف الماقد في ملكية عين أو أعيان مخصوصة من ماله ، كالموصى له بعين معينة من التركة .

- وخلف عام ، وهو الذي يخلف الماقد في جميع حقوقه وذمته ، وهو الموارث .

وللوارث في القوانين الاجنبية الاوروبية أن يقبل الارث أو يرفضه . فان قبله التزم بجميع ديون المورث ولو زادت عن التركة ، كما انه يستحق جميع حقوقه وأمواله . وهذا معنى كونه يخلفه في ذمته العامة .

أما في شريعة الاسلام فليس للوارث رفض الارث بل الارث جبري ، ولا يلتزم بديون المورث ، وانما تستوفى الديون من التركة قبل الارث كما تقدم (ر : ف/١٠٦) .

الفرع الثاني

الالتزام والالتزم

١٩٥ - الالتزام في اصطلاح نظرية العقد يقع على معنيين :

الاول - معنى : انشاء الالتزامات • فيقال عقد ملزم بمعنى أنه ينشئ
على المعقد التزاما • (وسنرى قريبا معنى الالتزام) •

والثاني - معنى : عدم امكان رجوع المعقد عن العقد بإرادته
المنفردة • فيقال : عقد ملزم ، بمعنى أن المعقد لا يحق له فسخ العقد الا
برضى المعقد الآخر • فكما لا يعقد المعقد الا بالتراضي لا يفسخ الا
بالتراضي •

وهذا المعنى يسمى أيضا في اصطلاح فقهاء الشريعة الاسلامية :
لزوما ، فيقال عقد لازم لزوما ، كما يقال : ملزم الزما ، بمعنى أنه
لا يستطيع المعقد فسخه الا بالتراضي • وهذا التراضي على الفسخ
يسمى عندئذ **إتقاء** ، أو **تقبلا** ، كما سنرى في الفصل الرابع الباحث
في احلال العقد •

وانما ، بنية الدقة في تحديد المفاهيم العلمية ومنع الاشتباه ، سنقتصر
لفظ **الزام** ومشتقاته في العقود على المعنى الاول (انشاء الالتزامات) ،
ونقتصر في المعنى الثاني (عدم امكان الرجوع عن العقد) على لفظ
اللزوم ومشتقاته •

وسنعرض - في مبحثين متتاليين - بعض المعلومات الإجمالية عن
الالتزام واللتزوم •

البحث الأول

الالتزام

٢/١٩٥ - الالتزام أثر عام لجميع العقود بلا استثناء • فما من عقد صحيح الا وينشئ التزاما معينا على أحد عاقديه ، أو التزامات متقابلة معينة بينهما موزعة عليهما هي من **الآثار الخاصة** للعقد ، بحسب موضوعه والشروط التي يتفق عليها عاقداه ضمن الحدود الجائزة شرعا •

ان البحث في أثر العقد الالتزامي ، أي في انشائه للالتزامات ، يتناول النقاط التالية :

- ١ - تعريف الالتزام وتحديد أنواعه اجمالا •
- ٢ - الفرق بين **الالتزامات** التي ينشئها العقد ، **والحكم الاصلي للعقد** •
- ٣ - كيفية انشاء العقد للالتزامات ، ونظرية **مقتضى العقد (١)** •
واليك ايضاح هذه النقاط فيما يلي :
- ٢/١٩٥ - تعريف الالتزام ، وتحديد أنواعه :
- الالتزام هو : **كون الشخص مكلفا بفعل ، أو امتناع عن فعل لمصلحة غيره** •
- أ - فزمان ما يتلفه شخص لآخر من أموال محترمة هو التزام

(١) **المقتضى** : بصيغة اسم المفعول بمعنى « **الموجب** » (بصيغة المفعول ايضاً) •

يقع على عهدة المتلف لمصلحة صاحب المال • وكذا التعويض عن كل ضرر يلحقه شخص بآخر مباشرة أو بسببه له ، فانه التزام على المسبب لمصلحة المتضرر •

ونفقة الفقير العاجز على قريبه الغني في درجات معينة من القرابة هي التزام على هذا الغني لمصلحة قريبه الفقير •

وتسليم المبيع ، وضمان عيوبه الخفية ، هما التزامان على البائع لمصلحة المشتري • وكذا أداء الثمن ، وتسليم المبيع ، هما التزامان على المشتري لمصلحة البائع •

وكل من هذه الالتزامات في هذه الامثلة هو تكليف بفعل • فهي **التزامات ايجابية** •

ب - وعدم التمدي على نفس انسان أو جسمه أو ماله أو كرامته هو التزام يوجب الشرع على كل مكلف •

وكذا عدم استعمال الوديعة ، وعدم التقصير في حفظها ، هما التزامان على كل وديع لمصلحة المودع يوجبهما عقد الايداع •

وكذا عدم تجاوز الحد المعتاد في استعمال العارية وفي استعمال المأجور هما التزامان على المستمير وعلى المستأجر لمصلحة المير والمؤجر ، ويجبان بعقدي الاعارة والاجارة •

وكل من هذه الالتزامات في هذه الامثلة هو تكليف بامتناع فهي **التزامات سلبية** •

١٩٥/٤ - ويتضح من هذه الامثلة ما يلي :

١ - ان الالتزام قد ينشأ عن عقد ، كالالتزام المستأجر بالاجرة ،
والالتزام البائع بضمان العيب • وقد ينشأ عن مصدر آخر غير العقد ،
كما في ضمان المثلقات وتعميض سائر الاضرار ، فإن مصدره المبائر
الذي نشأ الالتزام منه هو الفعل الضار ؛ وكما في الالتزام بنفقة الاقارب ،
فإن مصدره الشرع •

فاذا كان الالتزام ناشئا عن عقد رسمي سمي **التزاما عقديا** •

واذا كان ناشئا عن مصدر آخر رسمي : **التزاما غير عقدي** •

٢ - الفرق بين الالتزامات والعقود :

فالالتزام هو غير العقد ؛ ولا يجوز التعبير بالالتزامات عن العقود كما
يفعل بعض الطلاب • فهذا التعبير خطأ فاحش ، فإن العقد مصدر من
مصادر الالتزام ، أي انه أحد الاسباب المولدة للالتزامات ، لان الالتزام
كما رأينا هو أثر حقوقي قد ينشأ عن عقد فيكون **التزاما عقديا** ،
وقد ينشأ عن سبب آخر كالقصب والاتلاف ، فانهما سببان لالتزام انفاصب
والتلف بالضمان المالي • (وسنرى في الجزء الثالث من هذه السلسلة
الفقهية حصر مصادر الالتزام) •

والخلاصة أن بين العقد والالتزام الفاصل ما بين المؤثر والاثـر
من العلاقة واختلاف المفهوم •

وبعد هذا التعريف والايضاح لمعنى الالتزام نمود فتقول :

- ان الالتزام (أي انشاء الالتزامات بوجه عام بقطع النظر عن نوعها)
هو اثر عام في كل عقد •

فلا يخلو عقد شخصين من انشاء التزام على أحدهما ، أو التزامات متقابلة عليهما . ذلك لأن الغاية من كل عقد انما هي الوصول الى نتيجة حقوقية رضائية لم تكن حاصلة بين المتعاقدين قبل العقد ، والا كان العقد عبثا من قبيل تحصيل الحاصل .

— أما الالتزامات المعينة التي ينشئها عقد معين ، كالبيع والاجارة والرهن مثلا ، فهي آثار خاصة لذلك العقد الذي أنشأها ، كالتزام البائع بتسليم المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن نتيجة لعقد البيع ؛ وكالتزام المرتهن بعدم التقصير في صيانة المرهون وبإعادته بعد وفاة الدين ، ونحو ذلك مما سبقت أمثلته .

٥/١٩٥ - الفرق بين الالتزامات العقدية والحكم الاصلي لكل عقد :

ان الالتزامات التي ينشئها كل عقد بين عاقيه هي غير الحكم الاصلي لذلك العقد . وايضاح ذلك أن كل عقد ينشئ نوعين من الآثار :

١ - الحكم الاصلي لذلك العقد .

٢ - والالتزامات المتنوعة التي ينشئها العقد .

أ - فأما الحكم الاصلي فهو **الآثر النوعي** للعقد ، أو هو الغاية الحقيقية الاساسية التي شرح ذلك العقد ليكون طريقا مشروعاً للوصول اليها .

وذلك كاتقال الملكية بموض في عقد البيع ، وبلا عوض في الهبة . وكتملك المنافع مؤقتا بموض في الاجارة وبلا عوض في الاعارة . وكحل المنعة الزوجية في عقد الزواج ، وسقوط أسباب النزاع القائم بين المتنازعين في عقد الصلح ، وعلم جرا ...

يتضح بذلك أن الحكم الأصلي للعقد هو الذي يعتبر موضوعا لذلك العقد حين التعاقد ، بالمعنى الذي سبق شرحه للفظ « الموضوع » في الفصل الأول (ر : ف / ١٤٨ - ١٤٩) .

ب - وأما الالتزامات التي ينشئها العقد فهي كل تكليف بعمل أو بامتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد من أحد المتعاقدين لمصلحة المتعاقد الآخر .
كتسليم المبيع ، وضمان الميب ، وأداء الثمن ، وعدم استعمال الوديعة ، ونحو ذلك مما تقدمت أمثلته^(١) .

(١) (ر : اندر المختار ورد المختار ، أوائل كتاب البيوع ج ٤ ص ٦) .
وإن هذا التمييز الذي ميزناه بين الحكم الأصلي للعقد وبين الالتزامات التي ينشئها العقد هو المستفاد من مجموع نصوص فقهاءنا في مختلف العقود . فإن فقهاءنا في مطلع البحث عن كسل عقد بعد تعريفه وبيان شرائطه يبينون في الغالب حكمه الأصلي ، وكثيرا ما يميزون هذا الحكم الأصلي عن أحكام أخرى تنشأ بالعقد نفسه أيضا يسمونها أحكاما تابعة أو تبعية . فقد قال صاحب الدر المختار شرح « تنوير الأبصار » في أوائل كتاب البيوع ما نصه :

« وحكمه أي حكم البيع - ثبوت الملك » .

أي إن حكم عقد البيع هو ثبوت ملكية المبيع للمشتري انتقالا عن البائع .

قال ابن عابدين في حاشيته « رد المحتار » تفسيراً وتعليقاً على قول الشارح « وحكمه ثبوت الملك » ما نصه :

« أي ثبوت الملك في اليدين : لكل منهما (أي المتبايعين) في بدل . وهذا حكمه الأصلي . والتابع (أي حكمه التبعية) وجوب تسليم المبيع والثمن وثبوت الشفعة لو المبيع عقلاً » . الخ ...

فأفاد ، كما ترى ، أن للبيع حكماً أصلياً واحداً هو نقل الملكية بموَض، وأحكاماً تبعية أخرى تابعة لذلك الحكم الأصلي . وهذه الأحكام التبعية

←

١٩٥/٦ - نتائج هذا التمييز :

لهذا التمييز بين الحكم الأصلي للعقد وبين الالتزامات التي ينشأها العقد نتيجتان :

النتيجة الاولى - أن الحكم الأصلي يتحقق وينفذ بمجرد انعقاد العقد صحيحا ، فلا يحتاج الى تنفيذ . فبمجرد انعقاد البيع صحيحا تنتقل الملكية الى المشتري . وكذا بمجرد الانعقاد الصحيح في الاجارة وانكاح والصلح يملك المستأجر منفعة المأجور ، وتحل العشرة الزوجية بين الزوجين ، وتمتع المخصوصة القضائية في الحقوق التي كانت هي محل النزاع بين المتصالحين ، وهلم جرا ...

ذلك لان كلا من هذه الاحكام هو الغاية الاساسية التي شرع العقد طريقا موصلا اليها ، فبمجرد انعقاده صحيحا يوصل الى هذه الغاية .

أما الالتزام فلانه تكليف على شخص لمصلحة آخر ، وكل تكليف يحتاج الى تنفيذ ، لذلك لا يتحقق مقتضاه بمجرد انعقاد العقد صحيحا ، بل لابد لتحقق مقتضاه من أن يقوم بتنفيذه بعد العقد ذلك العاقد الملزم به .

ومن هذه النتيجة تنصب علامة فارقة لتمييز الحكم الأصلي عن الالتزام بين مجموع آثار العقد ، وهي :

هي ما نسميه اليوم **الالتزامات الناشئة بالعقد** ، وهي غير الحكم الأصلي . وسنرى قريبا (ف ١٩٥/٧) ان هذه الالتزامات ما كان منها من ترتيب الشارح بحيث يثبت دون اشتراط من أحد العاقدين يسمى **مقتضى العقد** ، كوجوب تسليم المبيع والثمن بعد البيع .

ان ما يفهم الانسان حصوله بمجرد سماعه بوقوع
العقد الصحيح هو الحكم الاصلي للملك العقد . وما
لا يفهم حصوله بالعقد ، بل يحتاج العالم بحصوله الى
استفهام ، فهو التزام .

فمن سمع أن فلانا قد باع سيارته يفهم أن ملكيتها قد انتقلت الى
المشتري فأصبح هو مالكا ، ولكنه لا يستطيع أن يفهم من وقوع
البيع الصحيح أن ثمنها قد دفعه المشتري ، وأن البائع قد سلمها اليه ،
لان وجوب دفع الثمن وتسليم المبيع هما التزامان يحتاجان الى تنفيذ
من قبل الملتزم ، ولا يتحقق مقتضاها بمجرد العقد كما يتحقق به
انتقال ملكية المبيع .

وكذا من سمع بزواج امرأة لا يفهم من مجرد وقوع العقد أن
الزوج قد دفع المهر . ومن سمع بأن فلانا أودع متاعا عند آخر لا يفهم
أن الوديعة كان مدة الايداع قائما بالتزامه في الامتناع عن استعمال
الوديعة .

النتيجة الثانية - أنه عند اختلاف المتعاقدين في تنفيذ بعض
الالتزامات العقدية تعتبر تلك الالتزامات غير منقذة حتى يثبت الملتزم
المكلف بها أنه قد نفذها .

فلو أنكر المشتري قبض المبيع ، كان على البائع إثبات التسليم .
ولو أنكر البائع قبض الثمن كان على المشتري إثبات الدفع . وهكذا
يقال في كل التزام .

٧/١٩٥ - كيفية انشاء العقد للالتزامات ، ونظرية مقتضى العقد :

ان الالتزامات التي ينشئها العقد بين الطرفين نوعان :

أ - فمنها التزامات يستلزمها العقد فيعتبر العاقد مكلفا بها دون حاجة الى اشتراطها عليه صراحة من قبل العاقد الآخر . وذلك كالتزام البائع بتسليم المبيع وبضمان العيب ، والتزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع ؛ وكالتزام المؤجر بتسليم المأجور والتزام المستأجر بدفع الأجرة وبعدم التعدي على المأجور في عقد الإجارة .

فهذه الالتزامات وأماناتها في كل عقد قد نظمها الشرع آثارا للعقد الذي ينشأها بحسب الحاجة ، تحقيقا للتوازن الواجب الرعاية بين العادين في الحقوق والواجب . وبذلك يستفني العاقدان عن ذكر هذا النوع من الالتزامات في كل عقد ، اعتمادا على ما هو مقرر في النصوص الشرعية .

ومجموعة هذا النوع من الالتزامات في كل عقد تسمى في اصطلاح فقهاء الشريعة مقتضى العقد .

ومرجع معرفة هذا النوع هو نصوص الشريعة وآراء الفقهاء في الباب المخصوص لكل عقد من العقود :

ب - وما سوى ذلك من الالتزامات العقدية لا يجب على أحد العادين الا اذا اشترطه عليه العاقد الآخر في العقد . وذلك كما لو اشترط بائع الفرس أن يظل مستعملا لها بعد البيع بقية الشهر ، أو اشترط المشتري على البائع إيصال المبيع الى بيته ، أو اشترط الواهب على الموهوب له تعويضا عن الهبة . أو اشترط البائع عدم ضمان ما يظهر في المبيع من عيوب خفية ، أو اشترط المؤجر دفع الأجرة سلفا عن مدة الإجارة كلها . فكل ذلك وأمثاله ، مما لم توجه نصوص الشريعة ولا اجتهاد الفقهاء ، لا يكون من مقتضى العقد ولا يترتب على العاقد الا بالشرط .

هذا وسنرى في بحث سلطان الإرادة العقدية ما يجوز اشتراطه شرعا من الالتزامات وما لا يجوز .

البحث الثاني

اللزوم

١٩٥/٨ - ينقسم هذا البحث الى مطلبين :

الاول - في بيان متى تثبت صفة اللزوم للعقد ؟

الثاني - في نظرية عدم اللزوم ، والعقود غير اللازمة •

المطلب الاول

متى تثبت صفة اللزوم للعقد ؟

خيار المجلس واختلاف الاجتهادات فيه

١٩٦ - قلنا ان اللزوم معناه أن لا يستطيع أحد الطرفين بعد العقد التحلل من قيده ما لم يتفقا على الاقالة ، فان العقد رابطة تقيد المتعاقدين ، وان ارادة أحد الطرفين لا تستطيع هدم العقد ولا تعديله •

واللزوم فكرة أساسية ضرورية في العقود ، ولولاها لفقد العقد أهم مزاياه في بناء الاعمال والحياة الاكتسابية •

وقد رأينا فيما سبق أن العقد يتكون من ارادتين جازمتين ، مظهرهما

بالتعبير العرب عنهما ، وهو **إيجاب وقبول** أو ما يقوم مقامهما •

ومن مقتضى ذلك أن يتم العقد وينبرم بمجرد الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما فوراً دون توقف على فعل آخر • تثبت آثار العقد ، ويصبح لازماً بمجرد تمامه ، فلا يكون لأحدهما أن يرجع في العقد بعد الانقضاء الحاصل من ارتباط الإيجاب بالقبول •

وهذا ما أقره فقهاؤنا قاعدة في العقود ، لا يشذ عنها إلا طائفة من العقود تقتضي طبيعتها عدم اللزوم ، وتسمى : « **العقود غير اللازمة** » ، والما وجب فيه خيار لأحد العاقدين باشرطهما أو بإيجاب الشرع ، مما سيأتي بيانه قريباً •

والاجتهادات الإسلامية متفقة على أن العقد متى اكتسب صفة اللزوم ليس لأحد العاقدين فيه رجوع إلا باتفاقهما ، لأن في نقض العقد تغيراً للوضع الحقوقي الذي استقر بين العاقدين ؛ فيتوقف النقص على التراضي ، كأصل العقد •

غير أن الاجتهادات الإسلامية مختلفة في الوقت الذي يكتسب فيه العقد اللازم صفة اللزوم •

— فذهب الاجتهادان الشافعي والحنبلي الى أنه في عقد البيع وسائر العقود اللازمة القابلة للمفسخ ، كالأجارات والصلح عن مال بمال ، لا يكتسب العقد صفة اللزوم إلا بعد أن ينقضي مجلس العقد بتفرق العاقدين بأبدانهما ؟ أما قبل ذلك فلكل واحد من العاقدين أن يرجع عن العقد •

ومستند هذا الاجتهاد ما ورد في الحديث الثابت عن النبي (ص) أنه قال : « **المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا** » •

وحكمة ذلك فسح المجال للتروي والتبصر كي لا يكون العاقد مأخوذاً بديهته • ويسمون هذا الخيار : « خیار المجلس » •

— وذهب الاجتهادان الحنفي والمالكي الى أن العقد اللازم متى انعقد أصبح مبرماً بمجرد تمام الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من فعل أو دلالة ؟ وليس لاحد العاقدین رجوع إلا بموافقة الطرف الآخر • وعلى هذا يجري القضاء في جميع البلاد الإسلامية اليوم •

وأصحاب هذا الاجتهاد يؤولون ذلك الحديث الوارد في خيار المجلس تأويلاً آخر ؟ وينزلون الخيار والفرق الواردین فيه على معنى يتفق مع مذهبهم ؟ ويستدلون على لزوم الفوري في العقود اللازمة ، ومنها البيع ، بأدلة أخرى من الكتاب والسنة والقياس • (ر : كتاب الملكية ونظرية العقد ، للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، ف/ ١٠٧) •

وهذا الاجتهاد يتفق والنظر الحقوقي الحديث ، وهو أقطع للخلاف بين المتابعين ، وأجرى مع الحاجة العملية الى البتات السريع في مواخذة المرء بارادته الجازمة المنشئة في التصرفات المدنية ، ومتفق أيضاً مع نظرة الشارع الإسلامي في سائر العقود الأخرى التي هي أعظم من البيع شأنًا وأكبر خطراً كمقد النكاح ، إذ لم يجعل في شيء منها خياراً طيبياً بعد تمام القبول •

وخير تأويل نراه لذلك الحديث الوارد في خيار المجلس هو أن المراد بالخيار فيها هو خیار الطرفين خلال اجراء العقد في الفترة التي بين الإيجاب والقبول ؟ وأن المراد بالفرق هو انقضاء مجلس العقد سلباً أو ايجاباً : أي أن الموجب مخير في الاستمرار على ايجابه أو الرجوع عنه قبل القبول ، كما أن الطرف الآخر مخير في أن يقبل أو لا يقبل حتى يتفرقا ، أي حتى

ينقضي مجلس العقد ، اذ يستلزم انقضاءه تفرقهما •

وهذا التفرق يكون :

- اما بالاعراض أو الرفض الصريح ؛ فيبطل الايجاب ولا يصح أن
يبنى عليه قبول •

- واما بالقبول ؛ فيبرم العقد ، ويلزم كسل من الطرفين
بمقتضاه^(١) •

المطلب الثاني

نظرية عدم اللزوم ، والعقود غير اللازمة

١ - عدم اللزوم بمقتضى طبيعة العقد : الانواع الثلاثة لهذا القسم -
عقد الاستصناع •

٢ - سلب اللزوم عن العقود اللازمة وحالاته :

أ - حالة الفساد •

ب - حالة الاكراه •

ج - حالة الخيارات العقدية •

(١) يصرح معظم ناقلي هذا الخلاف الاجتهادي في خيار المجلس بأن
تأويل هذا الحديث الوارد في خيار المتبايعين عند الحنفية هو أن التفرق
المذكور فيه محمول على تفرق أقوالهما بوقوع القبول وانبرام العقد •
(ر : الهداية ، والكفاية ، أوائل البيع) •

لكن في ذلك شيئا من التكلف في تأويل معنى التفرق •

فالإفضل ما بيناه هنا ، فيكون غرض الحديث إنما هو بيان مدة
ذلك الخيار الثابت للمتبايعين كليهما بين الايجاب والقبول وتحديدها
بانقضاء المجلس •

١٩٧ - ان اللزوم بوجه عام قد يتخلف عن بعض العقود ،
فستطع كسل من الطرفين أو أحدهما فقط أن يتحلل من رابطة العقد
ونفسه بمجرد اراده دون توقف على رضى الطرف الآخر •

واسماء صفة اللزوم هذه من العقد يكون نارة مطلقا وتارة مقيدا بحال
مخصوصه ؟ وهو يرجع الى أحد سببين :

- اما لان طبيعة العقد وغايته تقتضي عدم اللزوم ، وعندئذ
يسمى العقد عقد غير لازم ، اذ يكون عدم اللزوم صفة ملحوظة في
نوع العقد •

- واما لعروض حالات عامة تستوجب سلب صفة اللزوم عن العقود
اللازمة نفسها ، وتقتضي منح عاقدها الحق في فسخها ، فيصبح معها العقد
اللازم غير لازم •

وعلى هذا ، يتشعب البحث في هذا المطلب الى شعبتين :

الشعبة الاولى

عدم اللزوم بمقتضى طبيعة العقد

١٩٨ - وهنا في العقود التي تسمى : عقودا غير لازمة ، لان عدم
اللزوم ، ولو في بعض الاحوال ، صفة ثابتة لها •

وهي تسعة عقود تقسمها الى ثلاثة أنواع بحسب كون عدم اللزوم
فيها مطلقا أو مقيدا ، وكونه أصليا أو استثنائيا :

١٩٩ - النوع الاول : عقود غير لازمة مطلقا في حق كلا الطرفين •
وجملة هذا النوع ثلاثة عقود •

١ - الإيداع •

وهو عقد يرد على حفظ الشيء لدى غير صاحبه •

فلكل من الطرفين ، أعني المودع والوديعة المكلف بالحفظ ، أن يفسخ عقد الإيداع بمحض إرادته • ذلك لأن المودع مستعين بغيره على الحفظ ، فله أن يترك هذه الاستعانة متى شاء أو احتاج إلى وديعته ؛ ولأن الوديعة أيضا متطوع بالمعونة في هذا الحفظ ، فله أن يتخلى عن هذه المعونة متى شاء •

وينبغي أن يلاحظ هنا أن الإيداع إذا كان على أجر مفروض للوديعة يصبح استجارا على الحفظ لا ايداعا ، وعندئذ يأخذ حكم الإجارة الآتي بيانه في النوع الثالث من حيث اللزوم ، فلا يستطيع الوديعة الفسخ والتخلي متى شاء لأنه حينئذ أجير •

٣ - الاعارة :

وهي عقد يرد على تملك المنفعة مجانا ، فهو تبرع بالمنافع •

فللمستعير أن يتنازل عن الانتفاع ، فيفسخ العقد ويرد العارية متى شاء •

وكذا للمستعير أن يرجع ويسترد عاريته متى شاء ، سواء أكانت موقته بمدة لم تنته أو غير موقته •

لكن يلاحظ هنا ما يجب على المالك المستعير في العارية الموقته إذا رجع واستردها قبل الوقت المحدد في العقد ، فإنه يضمن للمستعير ما يسببه له رجوعه من ضرر ، إذ هو مفروض من قبله كما تقدم (ر : ف/١٢١ - ١٢٢) •

المختل الفقهي ج^١ (٢٩)

وفي المال المعار لاجل الرهن اذا رهنه المستعير في دينه ثم أراد المالك المعير استرداده ، فان عليه أن يؤدي الى الدائن المرتهن الدين المرهون فيه ، ثم يرجع المعير على المستعير بما أدى عن ذمته •

٣ - الشركة والمضاربة^(١) :

فانهما يحق فسخهما وتصفيتهما لكل من الشريكين متى شاء ، على أن يعلم الشريك الآخر ، فلا يسري حكم الفسخ الا من تاريخ علمه (المجلة / ١٣٥٣ و ١٤٢٤) •

• • • ٢ - النوع الثاني :

عقود الاصل فيها عدم اللزوم ، ولكنها تلزم في بعض الاحوال •

وجملة عقود هذا النوع أربعة هي :

١ - الوكالة :

وهي عقد يفوض به الانسان غيره وينيبه عن نفسه في التصرف •

فلكل من الطرفين أن يفسخ عقدها متى شاء • فالوكيل يستطيع عزل نفسه ، كما أن للموكل أن يعزله ، لان الوكالة استمارة واعانة ، فللموكل أن يكف عن الاستمارة ، كما أن للوكيل أن يقف عن الاعانة •

(١) المضاربة : شركة بين طرفين ، على أن يكون رأس المال من أحدهما والعمل من الآخر • وتسمى أيضا : قراضا (بكسر القاف) •

ويلحظ انه لا يسري حكم العزل الا من تاريخ علم الطرف الآخر
(المجلة / ١٥٢٣ - ١٥٢٤) •

ولكن الوكالة اذا تعلق بها حق شخص ثالث تصبح لازمة
ويمتنع فيها العزل والفسخ بلا رضى ذلك الشخص ، وذلك في
عدة حالات :

فمن ذلك مالو رهن المدين مالا ووكل وكيلًا بناء على طلب الدائن
ليبع الرهن اذا لم يؤد الدين عند حلوله ؟ فلا يملك الموكل ولا الوكيل
فسخ هذه الوكالة دون موافقة الدائن المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة
تسهيلا لاستيفاء دينه •

وكذا لو أراد المدين السفر فطلب الدائن من الحاكم منعه أو يوكل
وكيلًا عنه ليمتكن من مخاصمته ، فوكل المدين وكيلًا بالخصومة
بناء على هذا الطلب من الدائن ، وسافر ، فليس له عزل هذا الوكيل •
(ر : المجلة / ١٥٢١) •

٢ - التحكيم :

وهو أن يحتكم طرفان مختصمان الى شخص يختارانه برضاهما
ليكون حاكما بينهما في دعواهما بدلا من القاضي •
فلكل من الطرفين أن يفسخ عقد التحكيم ويعزل المحكم قبل
أن يحكم •

أما بعد صدور الحكم منه فلا ، بل يصبح التحكيم لازما
(ر : المجلة / ١٨٤٧) •

٣ - الوصية :

وهذه من تصرفات الارادة المنفردة فيجوز للموصي فسخها

والرجوع فيها ما دام حيا • فإذا مات انقلبت لازمة في حدود ثلث ماله ؟
ولا ينتقل حق الرجوع الى ورثته •

٤ - الهبة :

ففي الهبة شيء من معنى عدم اللزوم ، اذ يجوز الرجوع فيها
واسترداد الموهوب ما لم يمنع منه أحد موانع سبعة معروفة في بابها • فإذا
وجد شيء من موانع الرجوع هذه تصح الهبة معه لازمة لا يسوغ
للموهاب الرجوع فيها •

ومن تلك الموانع التي تصبح معها الهبة لازمة كون الموهوب له
زوجا للموهاب أو من أقاربه المحارم ؟ وكذا هلاك المال الموهوب عند
الموهوب له أو خروجه عن ملكه بيع أو بشرة من الأسباب الناقلة
للملكية •

وعلى كل يتوقف الرجوع في الهبة على القضاء أو الرضاء ، فلا
تعود الهبة الى ملك الموهاب بمجرد رجوعه ، بل حتى يرضى الموهوب
له ، أو يقضى القاضي للموهاب بالرجوع عند انتفاء جميع موانعه^(١) •

(١) يجب أن يلحظ أن المال الموهوب لو كان عقارا وسجلت الهبة في
السجل العقاري وفقا للمراسم التي توجبها النظم العقارية لدينا لا يكون
هذا التسجيل مانعا للموهاب من الرجوع •

غير أن الدائرة المدنية في محكمة التمييز (محكمة النقض) قد ذهبت
أخيرا الى عكس ذلك ، فاعتبرت تسجيل الهبة من السجل العقاري مانعا
للموهاب من الرجوع بحجة أن هذا التسجيل يقوم مقام القبض اللازم
شرعا لتمام الهبة في العقار الموهوب ، وإن قيود السجل العقاري تعتبر
قطعية بالنظر للقانوني ، وخاصة بمقتضى المادتين / ١٣ و ١٧ / من القانون

٢٠١ - النوع الثالث :

عقود ، الاصل فيها اللزوم ، ولكن في طبيعتها شيئاً من
عدم اللزوم في ظروف محدودة .

ذي الرقم /١٨٨/ اللتين توجيان بقاء الحق العقاري المكتسب بالتسجيل
لصاحبه وعدم قبول طعن يبطله الا في حالات مخصوصة عينها التشريع
العقاري نفسه .

(ر : قرار محكمة التمييز السورية الصادر في ١ جمادى الاولى
/١٣٦٨ هـ - ٢٨ شباط /١٩٤٩ م ، برقم /١٣/ اساس مدني /٩٩/ ،
وكذا القرار الصادر قبله في ١٠ صفر ١٣٦٧ هـ - ٢٣ كانون الاول ١٩٤٧ ،
برقم /١٧٣/ اساس /٢٠١/) .

ولا يخفى أن هذا الاعتبار غير سديد ، فان الرجوع في الية العقارية
ليس طعناً في قيود السجل العقاري ، وانما هو سبب جديد موجب
لإعادة نقل الملكية الى الواهب بمقتضى حق الرجوع الذي منحه اياه
التشريع .

وان المادتين / ١٣ و ١٧ / المستند اليهما انما معناهما منع الادعاء
ببطلان الحقوق العقارية المسجلة عن طريق الطعن في صحة اكتساب هذه
الحقوق وتسجيلها ، لا منع الادعاء بمقتضى الاسباب العائدة المشروعة في
المعاملات ، مما يوجب حنوته إعادة نقل الملكية .

فحق الواهب في الرجوع يشبه حق المشتري بخيار الشرط ، فان من
اشترى العقار واشترط لنفسه الخيار مدة معينة وسجل العقد بهذا الشرط ،
تنتقل اليه ملكية المبيع ، لان الخيار المشروط للمشتري لا يمنع انتقال
الملكية (ر : المجلة ٣٠٩) ، ومن البديهي انه يحق بعد ذلك للمشتري
أن يستعمل حقه في فسخ البيع العقاري المسجل ، ولا يعتبر ذلك مغلاً
بمبدأ قطعية القيود العقارية ، لانه ليس طعناً في هذه القيود ، وانما هو
استعمال حق مشروع بإعادة الملكية بمقتضى خيار الشرط المسوغ لفسخ
العقد .

فأي فرق يمكن أن يرى بين خيار أوجبه الشرط السائغ ، وخيار
أوجبه الشرع ؟ وليس تسجيل العقد العقاري الا من قبيل المراسم الشكلية

هذا النوع عكس النوع الثاني ؟ وجملة عقود اثنان ، هما :

١ - الاجارة :

فان الاصل فيها للزوم في حق المتعاقدين ، فيجبر الطرفان على تنفيذها ؟ غير أن فقهاءنا قرروا فيها جواز العدول والفسخ **بالإعلاء الطائفة** ، إذ يكون تنفيذ الاجارة عندئذ اهدارا ماليا أو اصرارا غير معقول .

وذلك كما لو استأجر الانسان دابة للسفر ثم عدل عن السفر ، أو استأجر طباحا لوليمة ثم صرف لنظر عنها ، أو استأجر طبيا لقلع خرس أو لأجراء عملية جراحية ثم سكن ألمه فعدل عن اجرائها .

وعلى هذا النظر قامت نظرية « **الفروغ الطائفة** » في الفقه الاجنبي .

غير أن من المعقول فقها أن يلزم المستأجر عندئذ بشمويض الضرر على الطرف الآخر اذا فوجيء بالفسخ بعد أن كلفه ما كلفه التهيؤ للمعمل

التي أوجبها القانون ، ليصبح بها العقد على المقار في قوة العقد المنفذ على المنقول ، فلا يمنع هذا التسجيل أي حق مشروع بعد العقد ، ولذا لا يكون أيضا بيع المقار وتسجيله مانعا للمشتري من أن يستعمل خيار الخيب أو خيار الوصف مثلا في نسخه بمقتضى الاحكام المدنية النافذة اذا ظهر فيه عيب قديم ، أو ظهر فيه وصف مخالف للمشروط ، ولم يوجد مسقط من مستطلات الخيار ، فتأمل .

ولئن اعتبر تسجيل الهبة العقارية قائما مقام قبض العقار الموهوب - كما عللت محكمة التمييز قرارها بالمبحث عنهما - فان قبض الموهوب لا يمنع الرجوع في الهبة ، فكذلك التسجيل .

من مال أو وقت أو تعطيل ؟ وهنا ما يوجبہ النظر القانوني الحديث ، وان قواعد السبب في فقہنا لا تأباه ، وان لم ينص فقہاؤنا عليه .

٢ - المزارعة :

وهي نوع شركة على استثمار الأرض بالزرع ، تكون فيها الأرض من طرف ، والعمل من طرف آخر (المجلة / ١٤٣١) .

فيجوز للطرف الذي عليه تقديم البذر أن يعدل عن المزارعة ويفسخ عقدها ، ولكن ذلك قبل لقاء البذر في الأرض .

وملاحظ الفقهاء في هذا ان اجباره على الاستمرار في المزارعة يقتضي التزامه بتلاف ماله ، وهو البذر ، ولا يدري هل ينتج أو لا ينتج ؟ فصار كما لو استأجر الانسان عاملا لهدم داره ثم بدا له المدول عن الهدم ، فان له ذلك .

أما بعد لقاء البذر في الأرض فتصبح المزارعة لازمة حتى في حق صاحب البذر . (الدر المختار ورد المحتار / ١٧٧) (١) .

(١) يلحظ هنا ان صاحب البذر اذا اراد الفسخ قبل أن يبذر ، لا عدولا منه عن المزارعة ، بل لآته وجد عاملا أرخص من المزارع الذي تعاقد معه ، أو لأنه يريد أن يعمل بنفسه ، فليس له الفسخ بل يلزم بمقده مع المزارع الى المدة المتفق عليها .

ومثل ذلك يلحظ في مسألة استئجار العامل لهدم بناء ونحو ذلك اذا اراد المستأجر فسخ الاجارة : فلو عدولا منه عن العمل جاز ، ولو تبديلا للعامل لم يجز ، (ر : رد المحتار في المحل المذكور) .

وذلك بالنظر الى مشروعية الباعث وعدمها كما تقدم (ر : ف / ١٤٨ / الحاشية / ٢) .

ويلاحظ أن الفسخ في هذه العقود غير اللازمة ليس له استناد
(أي تأثير رجعي) :

فزل الوكيل لا ينقض تصرفاته السابقة ؛ ورجوع الواهب بعد ولادة
الدابة الموهوبة لا يوجب للواهب أخذ ولدها معها ، بل يبقى للموهوب
له لأنه حصل في ملكه • (ر : المجلة / ٨٦٩) •
وهكذا يلحظ في بقية المسائل •

٢٠٢ - عقد الاستمناع :

تلك هي العقود التسعة التي يتفني فيها اللزوم بتفاه مطلقا أو مقيدا
على اختلاف درجاته فيها •

وهناك عقد عاشر ندره بالذكر في هذه المناسبة ، كان يعتبر في
أصل المذهب الحنفي غير لازم ، فأصبح لدينا بمقتضى نصوص المجلة
لازما^(١) وهو عقد الاستمناع •

فالاستمناع - وهو شراء ما سيصنع بطريق التوصية - يجوز لكل
من الطرفين فسخه في أصل المذهب بلا خلاف ما دام الشيء لم يصنع •
أما بعد صنعه واحضاره فيكون للمستمنع حق في الفسخ من قبيل خيار
الرؤية على الرأي الراجح •

غير أن مجلة في المادة / ٣٩٢/ أخذت بلزوم العقد في حق الطرفين
منذ انعقاده ، إلا إذا جاء المصنوع مفايرا للاوصاف المعينة في العقد^(٢) •

(١) وكذا بمقتضى أحكام القانون المدني الذي حل محل المجلة •
(٢) جاء في لائحة الاسباب الموجبة من مقدمة المجلة انها اختارت قول

وعندئذ يكون للمستصنع حق الفسخ بمقتضى خيار فوات الوصف المشروط
لا بمقتضى عدم اللزوم في عقد الاستصناع .

الشعبة الثانية

سلب اللزوم عن العقود اللازمة

٢٠٣ - ان ما سوى هذه العقود التسعة السالفة البيان هو
عقود لازمة لزوما مطلقا في جميع الاحوال العادية ، فلا يسوغ لأحد

أبي يوسف بعدم خيار المستصنع اذا حضر الصانع المصنوع بعد العمل
موافقا للشروط ، وذلك وفقا لما تقضي به المصلحة الزمنية .

والمنقول في كتب المذهب أن ابا يوسف لا يقول بعدم خيار المستصنع
الا بعد الصنع واحضار الصانع المصنوع موافقا للوصف المشروطة . أما
قبل الفراغ من صنعه أو بعد الفراغ قبل احضاره فلا خلاف في أن المستصنع
مخير ، كما في البدائع ورد المحتار وغيرهما .

لكن نص المادة / ٣٩٢ / من المجلة جاء صريحا في انه بعد انعقاد
الاستصناع لا خيار لأحد من الطرفين الا اذا جاء المصنوع مغايرا للوصف
المشروط . فأفاد اطلاق نصها اللزوم بحق الطرفين قبل الصنع بعد انعقاد
العقد ، وهو ليس قولا لأحد في المذهب .

فهل تحمل المادة المذكورة على تفصيل قول أبي يوسف بناء على ما جاء
في لائحة الاسباب الموجبة للمجلة من أنها أخذت بقوله ، أو يقال أن نصها
صريح في اطلاق اللزوم وهي قانون أمر ، فيحكم بلزوم العقد مطلقا ولو
قبل العمل ، اذ ليس في نص المادة احتمال أو غموض حتى يحمل على
تفصيل رأي أبي يوسف الذي أشارت الى أخذه لائحة الاسباب الموجبة ؟

القضية محل نظر ، والأوجه الاعتبار الثاني ، لأن الظاهر أن المجلة
اتخذت نظرية أبي يوسف أساسا وتوسعت فيها بالتعديل في بعض
نواحيها بحسب المصلحة الزمنية ، وقد اقترنت بالارادة السلطانية ،
فأصبحت قانونا ، فالعبرة لنصها لا للنصوص التي استمدت منها .

عاقديها أن يتحلل منها إلا برضى الآخر ، كما بنا .

غير أن هناك أسباباً عامة يمكن أن تعتري العقود فتجعل للعاقدين أو لأحدهما حق الفسخ . فإذا وجد شيء من تلك الأسباب في عقد لازم سلب منه صفة اللزوم ما دام السبب الموجب لحق الفسخ قائماً .

وتلك الأسباب قد تقدمت الإشارة الى بعضها في بعض المناسبات ، وهي ترجع اما الى ضرورة احترام الشرائط الشرعية لصحة العقد ، واما الى ضرورة احترام ارادة العاقد وصيانة حقوقه الناشئة من العقد .

وعن هذا كان سلب صفة اللزوم عن العقود اللازمة انما يتجلى في الحالات الثلاث التالية :

٢٠٤ - (أ) حالة الفساد :

فان العقد الفاسد يحق لكل من الطرفين وللحاكم أيضا فسخه ما لم يمنع من الفسخ مانع شرعي ؟ فهو ، ما دام قابلاً للفسخ ، عقد مسلوب اللزوم (ر : البدائع ٣٠٠/٥) .

وسنرى أيضا معنى الفساد وحكمه في نظرية المؤيدات الشرعية (ر : ف/٣٧٧ و ٣٨١) .

٢٠٥ - (ب) - حالة الإكراه :

فان العقد الواقع بالإكراه يحق لعاقده المستكره عليه فسخه أو امضاؤه بعد زوال الإكراه ، كما تقدم في موضعه ، فهو في النتيجة عقد مسلوب اللزوم في حقه ، سواء اعتبر بالإكراه فاسداً أو موقوفاً ، على الخلاف الاجتهادي السابق الذكر في صفته (ر : ف/١٨٥ ح) .

٢٠٦ - (ج) - حالة الخيارات العقدية :

فان ثبوت الخيار لأحد العاقدين في فسخ العقد معناه سلب صفة اللزوم من العقد في أصله .

ولذا اعتبر الفقهاء من شرائط لزوم العقود اللازمة أن لا يكون فيها خيار لأحد العاقدين (المجلة / ١١٤ - ١١٦) .

وهذه الخيارات منها ما يتوقف ثبوته على اتفاق ارادة العاقدين عليه ، فلا يثبت الا باشتراطهما ، فيعتبر من قبيل الشروط العقدية ، وذلك خيار الشروط وخيار انتقد اللذان سلف ابضاح معناهما في بحث القياس (ر : ف / ١١ / ثامنا) .

ومنها ما يثبت بايجاب الشرع لمصلحة أحد العاقدين سيانة لحقوقه ، فيكون نتيجة لبعض عيوب الرضى المتقدمة في بحث شوائب الارادة ، من خلاصة ، أو تدليس . عيب ، أو تجزئة صفقة البيع ٠٠٠ (ر : ف / ١٨٦ - ١٩٢) .

فيحق لصاحب الخيار فسخ العقد أو امضاؤه ، ما لم يوجد مسقط للخيار أو مانع شرعي يمنع ممارسته ، مما هو معروف في مواطنه ومباحثه من الابواب الفقهية ، وفي المواد / ٣٠٠ - ٣٦٠ / من المجلة .

هذا ، وان بعض تلك الخيارات العقدية يتوقف على القضاء ، فلا يثبت لصاحبه ولا يقبل منه الفسخ قبل قضاء القاضي ، كسما في خيار العيب لأنه من المواطن التي تحتاج الى خبرة وتحقيق قضائي في وجود العيب المسوغ للفسخ .

وبعضها لا يحتاج الى القضاء ، بل يستطيع صاحب الخيار بعد تحقق

سببه في الواقع أن يمارس خياره في فسخ العقد ، ويكون فسخه نافذا قبل أن يقضى به ، كما في حالة خيار الشرط ، وخيار تفرق الصفقة .

٢٠٧ - هذا ويجب أن يلاحظ في هذه الحالات الثلاث التي ينسلخ فيها اللزوم عن العقود اللازمة بسبب الفساد أو الإكراه أو الخيار ، أن فسخ العقد فيها يكون مستندا لا مقتصرا ، أي أنه يكون انعطاف وتأثير رجعي ينسحب فيه الانفساخ على الماضي ، فيجعل العقد كأنه لم ينقذ من أصله . وذلك على خلاف حكم الفسخ بسبب عدم اللزوم في العقود غير اللازمة كما تقدم (ف/٢٠١) .

٢٠٨ - وهذه الخيارات العقدية التي تنشأ عن ظهور حالات تشوب إرادة الساقط بشأبة من عيوب الرضى وتسلب اللزوم من العقد اللازم هي كثيرة غير محصورة بما تقدم ذكره في بحث شواهب الإرادة .

وقد أوصلها الفقهاء إلى أكثر من عشرين خيارا . منها خيار الكمية ، وخيار كشف الحال وغيرهما^(١) .

وأحكامها مفصلة في مظانها ومناسباتها من كتب الفقه .

(ر : الدر المختار ورد المحتار أول باب خيار الشرط ٤/٤٥ - ٤٦ ؛

(١) خيار الكمية : كما لو اشترى شيئا بما في جيبه أو حقيقته من النقود دون بيان مقدارها ، فإن للبائع الخيار عندما يعرف مقدارها .

وخيار كشف الحال : كما في البيع بمكيال أو بوزن حجر لا يعلم مقداره بالوحدات القياسية العرفية ، فإن للمشتري الخيار متى علم مقدار سعة المكيال ووزن الحجر .

(ر : رد المحتار ٤/٢٢ و ٢٧) .

والأشياء والنظائر لابن نجيم بحاشية الحموي أول أحكام الفسوخ ، ج ٢ ،
القرن ٣ ، ص / ١٩٤ - ١٩٥) •

وقد تناولت المجلة من الخيارات بالبحث سبعة أساسية هي : خيار
الشرط ، والوصف ، والنقد ، والتعيين ، والرؤية ، والعيب ، وانقضى
بالتفريط ؛ وفصلت أحكامها بفصول خاصة بمناسبة البيوع في المسود
/ ٣٠٠ - ٣٦٠ / ، وبمناسبة الاجارة في المسود / ٤٩٧ - ٥٢١ / ،
وبمناسبات أخرى متفرقة كالقسمة وغيرها •

والفقه القانوني الحديث يتجه الى توسيع نطاق فسخ العقود اللازمة
في الحالات الطارئة ، ولاسيما حالة اخلال أحد العاقدين بتنفيذ التزاماته
في مواعيدها ، مما سلف بيانه • وهذا يتفق مع روح الفقه الاسلامي •

الفرع الثالث

سلطان الارادة العقدية

٢٠٩ - تمهيد :

تجلى لنا من المباحث السابقة أن للعقود آثارا عامة كما أن لكل منها
موضوعا وأثرا خاصين يتميز بهما عن سواه •

ورأينا أن من العقود عقودا مسماة تولى التشريع تنظيم أحكامها
وآثارها بين العاقدين بحيث تكون تلك الآثار نتائج أصلية ينتجها العقد دون
أن يحتاج العاقدان الى اشتراطها وتعدادها •

ار مبدأ سلطان الارادة العقدية موضوعه حرية اعادة العقاد في اصل العقد ونتائج وحدود تلك الحرية ، أي مدى اعتبارها في نظر الشرع .

فهذا المبدأ يتعلق بأربع جريات في النواحي الأربع التالية :

١ - حرية العقاد في أصل التعاقد مع غيره .

٢ - وحرية في انشاء العقود والالتزامات بمجرد التراضي ، دون تقيده بقبوض شكلية ومراسم مخصوصة بحيث لا يعتبر تعاقد إذا لم تتحقق صورها .

٣ - وحرية في انشاء ما يشاء من أنواع العقود في حدود حقوقه الشخصية مهما كان موضوعها دون قيد بأنواع العقود المسماة التي أقرها التشريع .

٤ - وحرية في تحديد آثار العقد المسمى وتعديل نتائجه الأصلية بين الطرفين المتعاقدين باشتراط ما يشيآن من شروط بحسب ارادتهما .

هذه هي النواحي الأساسية التي يتعلق بها مبدأ سلطان الارادة العقدية .

٢١٠ - وقد مرت الارادة العقدية بأدوار في تاريخ التشريع لم يكن لها فيها سلطان ، بل كانت مغلوطة شلاء ، لا ينظر فيها الى التراضي الحر الذي جعلته الشريعة الإسلامية دستور التعاقد وأقرت فيه لارادة العقادين سلطانا محترما في كل ما لا يخل بمصلحة عامة . وان كانت الاجتهادات الفقهية مختلفة في حدوده كما سنرى .

أ - فأما في الناحية الاولى فقد جاء التشريع الاسلامي بالقضاء

على جميع عناصر الاكراه العقدي ، وأطلق حرية الارادة في تكوين العقد . وقد جعل القرآن والسنة رضى الانسان أساسا دستوريا في كل عقد سيلزمه ، حتى في زواج النساء اللاتي كنّ الناس يرزّن ويتعارفون أن الارادة في تزويجهن ليست لمن بل من حقوق أرباب الأسرة فقرّر الاسلام أن الفتاة البالغة ولو كانت بكرا هي صاحبة الاختيار والارادة في زواجها وزوجها .

ولم يقرّ الشرع الاسلامي عقدا يلزم شخصا لم يرض به رضى بنا ، الا فيما توجه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة مما تمارسه السلطة الحاكمة باسم العدالة لاحقاق الحق ، كبيع أموال المدين المماطل في وفاء الدين ، وبيع الاموال المحتكرة على محتكرها عندما يضر احتكارها بالجماعة ، وكالاستملاك للمصالح العامة .

فأمثال هذه العقود الجبرية هي من من المؤيدات الضرورية للتشريع العادل ، والغاية من قيام حكومة في دولة ؟ وقد أقرتها الشرائع الوضعية الحديثة التي أخذت بمبدأ الارادة العقدية المطلق .

ب - وأما الناحية الثانية ، وهي المراسم الشكلية ، فلم تكن قبل الاسلام أمة ذات تاريخ تشريعي ثابت تعرف أن مجرد التراضي يولد عقدا ملزما والتزامات دون أن تمر بصور وأنواع مختلفة من المراسم الشكلية ، سواء في ذلك التشريع الروماني وغيره ، حتى جاء الاسلام فألقى جميع تلك الأغلال والقيود عن أعناق العقود ، وجعل مجرد التراضي مولدا للعقد بأي طريق كان ظهوره بين العاقدين ، ولم يستثن الا عقدا واحدا أخضعه لشكلية الاعلان بالاشهاد عليه ، وهو عقد النكاح كما تقدم (ر : ف ٢/١٣٦) .

وجميع الشرائع الوضعية الحديثة التي أقرت أخيرا مبدأ سلطان

الارادة المقدية في الشرق والغرب قد مرت أصولها بمراحل طويلة من القيود الشكلية المختلفة في انشاء العقود ، الا الشريعة الاسلامية فانها أنشأت قواعد العقد انشاء جديدا محررا من جميع العقود الشكلية التي كانت تفرضها الاعراف والمادات في جاهلية العرب ، وشرائع الامم المحيطة بها ؛ وقد كان هذا من الطواهر الغريبة غير المعهودة في تاريخ التشريع .

وهذه المزية التي تفرد بها الشرع الاسلامي مدينة لامل واحد هام هو المصدر الديني فيه^(١) .

ج - وأما الناحية الثالثة وهي حرية المصادقين في انشاء عقود تخرج عن نطاق العقود المسماة التي قررها التشريع ، في موضوعها والتزاماتها ، فسرى في أول بحث تصنيف العقود أن الفقه الاسلامي أقر نشوء عقود جديدة ، ثم ما لبث الفقهاء أن أسموها فانتظمت في سلك العقود المسماة ، وقررت لها أحكام خاصة .

وليس في الشرع الاسلامي ما يدل على أي حصر لأنواع العقود وتقييد الناس بها . فكل موضوع لم يمنعه الشرع بالنص الصريح ولا تقتضي القواعد والاصول الشرعية منه يجوز أن يتعاقد عليه الناس

(١) هذا ما يراه الاستاذ العلامة السنهوري في تحليل هذه المزية الغريبة في الشريعة الاسلامية ، وهو الواقع . (ر : « نظرية العقد » للاستاذ السنهوري ، ف / ٩٢ ص / الحاشية / ١) .

وقال الاستاذ عبد الرزاق السنهوري أيضا في بحث التعاقد بالمراسلة:

« العقد في اللغة الاسلامي يبنى على توافق الارادتين دون تحفظ ، فهو رضائي الى حد جاوز فيه القوانين التي تأخذ برضائية العقد » (ر : « نظرية العقد » ، ف / ٣٠٣) .

ويلزمون فيه بقودهم ؛ وحيثئذ يخضع التعاقد فيه للقواعد والشرائط العامة في العقود ، من أهلية العاقد ، وقابلية المحل إلخ ...

د - وأما الناحية الرابعة وهي مدى سلطان ارادة العاقرين على تحديد آثار العقد المسمى وتمديل احكامه الاصلية في حقوقهما الخاصة بينهما بشروط يتفقان عليها في التعاقد ، أي انشاء ما يشآن من التزامات وقود في العقد بارادتهما ، فهي أهم نواحي سلطان الارادة في نظرق الحقوق الحديثة •

وموقف الفقه الاسلامي في هذه الناحية يختلف سعة وضيقا باختلاف المذاهب الاجتهادية فيه ، لكن أوسع مذاهبه يتفق مع ما استقرت عليه النظريات القانونية في التشريع الحقوقي الحديث •

وسنعرض فيما يلي ، بمبحثين متعاقبين ، خلاصة عن مبدأ سلطان الارادة العقدية في الفقه الاسلامي ثم في الفقه الاجنبي •

البعث الأول

سلطان الارادة العقدية

في الفقه الاسلامي

٢١١ - ينقسم هذا البحث الى مطلبين :

- المطلب الاول : للبحث في سلطان الارادة العقدية بوجه عام في نصوص الشريعة والاجتهادات الاسلامية •

- المطلب الثاني : للبحث في أنواع الشروط العقدية •

- ٤٦٥ -

المسئل الفقهي ج ١ (٣٠)

المطلب الاول

سلطان الارادة العقدية في نصوص الشريعة

وفي الاجتهادات الاسلامية

١ - نصوص الكتاب والسنة في نواحي سلطان الارادة
وآثار العقود - عموم هذه النصوص ومرونتها *

٢ - موقف الاجتهادات الاسلامية من هذه النصوص :

ا - الاجتهادات التي ترى ان الاصل الشرعي تقييد حرية
العاقدين ، وتاخذ بنظرية « مقتضى العقد » بحدود ضيقة
- خلاصة الاجتهاد الحنبلي في حرية الشروط العقدية *

ب - الاجتهادات التي ترى ان الاصل الشرعي اطلاق
حرية العاقدين في العقود انواعا وشروطا *

مزايما الاجتهاد الحنبلي في ذلك ، ومبادؤه الجديرة
بالغلو *

الشعبة الاولى

نصوص الشريعة

٢١٢ - ان نصوص الكتاب والسنة التي هي أصل الاجتهادات
الفقهية في الشريعة الاسلامية قد بلغت في شأن سلطان الارادة العقدية
غاية الصوم والمرونة *

ويمكن تصنيف هذه النصوص ، بحسب موضوعها ، في النواحي
الاربع المتقدمة من سلطان الارادة :

٣١٢ - (أ) و (ب) - في حرية التعاقد وفي رضائية المطلق :

قد جاء في ذلك قول القرآن الكريم :

« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل
الأن تكون تجارة عن تراض منكم »

وقوله في صداق النساء وعدم هضم شيء من حقوقهن المالية :

« فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا »

فهذه النصوص وأمثالها تفيد أن الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه إنما هو رضى صاحبه : أما على سبيل التجارة والتبادل ، أو على سبيل المنحة والتسازل ، عن طيب نفس واختيار^(١) .

(١) يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في كتابه « قاعدة العقود » تعليقا على هاتين الآيتين :

« ففي التبرعات علق الحكم بطيب النفس ، وفي
المساوضات علق الحكم بالتراضي - وهو الرضى من
الجانبيين - لأن كلا من المتفاوضين يطلب ما عند الآخر
ويرضى به ، بخلاف التبرع فإنه لم يبدل له شيء يرضى
به ، ولكن قد تسمح نفسه بالبدل ، وهو طلب النفس »

(ر : كتاب « قاعدة العقود » لابن تيمية ، فصل « الرضى في العقود ،
ومن يجوز له الفسخ إذا لم يرض ») .

وهذا الكتاب القيم عندما نقلنا عنه كان غير مطبوع ، فنقلنا عن نسخة
مخطوطة من مكتبة الإستاذ الجليل الشيخ حسن الشطي بحشق . ثم
طبعته الجماعة السلفية بمصر بإشراف الشيخ حميد الفتحي بعد صعود
الطبعة الثالثة من هذا المدخل الفقهي . لكنهم غيروا اسمه فجعلوا عنوانه
« نظرية العقد لابن تيمية » لبيان أن موضوعه يقابل نظرية العقد في الفقه
القانوني ، لكن هذا التبديل لاسم الكتاب خطأ كبير من الناشرين ، لأن
النشر كالعلم أمانة ، فكان عليهم أن يحافظوا على اسمه ، ويقدموا له
مقدمة يقرنون فيها ويشرحون ما يشاؤون .

أي ان العامل في ذلك هو ارادة صاحب المال الذي له شرعا كمال الحرية في عقد الملوحة أو المنحة •

٢٩٤ - (ج) - في القوة الإلزامية للعقد والتعهد •

وقد جاء في هذه الناحية أيضا قوله تعالى في القرآن : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقوله : « وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا » •

ومن الواضح أن العقد يتضمن تمهدا ضمنياً باحترام نتائج والالتزام بها •

فهذه النصوص وأمثالها تفيد أن عقد الاسان وتعهد الذي باشره بارادته الحرة ملزم له بنتائجه ، ومقيد لارادته بارادته ، كي تتولى الثقة والاطمئنان الى نتائج التعامل الاقتصادية ، ويعلم الاسان كيف ينبغي تصرفه ، لأن ذلك متوقف على الاستقرار في تلك النتائج بين المتعاملين ، كما تقدم^(١) (ر : ف/ ١٩٦) •

وهذا الالتزام مناه تمام الاحترام لحرية الماعد ، وللمحقوق الناشئة بعقده لغيره ، فإن مقيد نفسه حر •

(١) يلحظ في هذا المقام انه تستوي في ذلك جميع العقود ، ما يسمى منها في اصطلاح الفقهاء « عقوداً لازمة » أو غير لازمة » لأن معنى عدم اللزوم في اصطلاح الفقهاء هو إمكان رجوع الماعد عن الاستمرار على حكم العقد بحسب موضوع العقد وطبيعته ، لكنه قبل الرجوع ملتزم بالنتائج : فتصرف الموكيل قبل علمه بفسخ الوكالة ملزم للموكل ولذلك عليه ، وانتفاع المستعير بالمعيرة قبل رجوع الميعر جاز على حكم المجانية ليس للميعر ان يطلب عنه عوضا ، وصنوبر الحكم من للحكم قبل رجوع أحد الخصمين عن التحكيم ملزم للطرفين ، وحكم جرا ٠٠٠ أي ان العقد الذي يعتبر غير لازم في أصله ليس للرجوع عليه اثر دجعي كما تقدم (ر : ف/ ٢٠١) •

وأطلاق هذه النصوص يشمل العقود المسماة وغير المسماة^(١) ،
فيفيد عدم التقييد بأنواع محدودة من العقود •

٢١٥ - (د) - في حرية الشروط العقدية ، ومنى اعتبارها :

ورد في الشريعة أيضا نصوص كثيرة من القرآن والسنة القولية
والعملية تثبت للعقود المسماة التي أقرها الشرع آثارا وأحكاما والتزامات
تربط الطرفين في كل عقد بحسب موضوعه •

فقد النكاح يترتب عليه حل الاستمتاع بين الزوجين ، ووجوب
متابعة المرأة للرجل ، ووجوب النفقة للمرأة على الرجل ، وثبوت
النسب ، وحقوق الحضنة ، وحرمة المصاهرة ، والارث بين الزوجين ثم
بينهما وبين الأولاد الخ

وكذا عقد البيع والاجارة والرهن والكفالة وغيرها ، كل منها
قد ثبتت في الشرع له أحكام : منها ما بينه الكتاب والسنة القولية أو العملية
مباشرة ، ومنها ما أضافه الاجتهاد استنباطا •

منى سلطة العاقد على تعديل آثار العقود :

أما سلطة العاقد على تعديل هذه الآثار التي قررتها النصوص
للعقود : اما بالنقص منها ، واما بإضافة التزامات على أحد الطرفين
المتعاقدين لا يستلزمها أصل العقد ، وذلك بشرط يشترطها في
التعاقد ، ومدى هذه السلطة ، فقد ورد حولها نصوص عامة وخاصة
مختلفة :

(١) سنرى في بحث تصنيف العقود آخر نظرية العقد بين العقد المسمى
هو الذي أقر الشرع له اسما خاصا ، وترتب له أحكاما ، كالبيع والاجارة
والرهن •

١ - ففي القرآن وردت آيات عامة ، منها الآيتان اللتان أوردناهما في الفقرة ٢١٣/ السابقة •

٢ - وفي السنة النبوية جاء عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال :
« المسلمون على شروطهم » (١) •

وقال أيضا : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » (٢) •

(١) و (٢) انظر في تخريج هذين الحديثين ما تقدم (ف/٤٧ ب الحاشية) •
والكتاب هنا مصدر (كتب) بمعنى اوجب وشرع : اي كل شرط ليس في حكم الله وشرعه فهو باطل ؛ وذلك بان يكون الشرط منافيا لقواعد الشريعة لو مقاصدها ؛ هكذا فسرهُ العلماء المحققون •

(ر : المغني لموفق الدين بن قدامة الحنبلي ٤٤٨/٨) وكشاف القناع ٥٣/٣ •

وليس معنى كتاب الله هنا القرآن ، لأن القرآن إنما بين أصول الشريعة ، ولم يتضمن تفصيل الشروط والعقود المقبولة والممنوعة كما تقدم بيانه هناك •

واستعمال الكتاب بالمعنى الذي بيناه كثير في لسان الشرع ، كما في قوله تعالى : « ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا » اي فريضة محددة الاوقات • وكذا قوله تعالى في عدم جواز نكاح المرأة المعتقة « ولا تعزوا عقبة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله » اي حتى تنتهي العدة التي فرضها الشرع على المرأة بالنكاح السابق •

وأصل هذا الحديث ان « بورية » كانت امة رقيقة ، فأرادت عائشة أم المؤمنين (ر ض) أن تشتريها وتمتتها • ومن المقرر شرعا بقول الرسول عليه السلام ان المولى اذا اعتق عبده يكون للمولى المعتق حق الولاء - أي حق الارث من عبده المعتق في مرتبة معينة من مراتب الميراث ، ترقيسا في اعتناق الارقاء - فأراد اصحاب بورية أن يشترطوا على عائشة في البيع أن يكون ولاه بورية لهم اذا هي اعتقتها بعد الشراء ، فأخبرت عائشة النبي عليه السلام بذلك ، فقال :

—

٣ - وروي أيضا أن النبي عليه السلام : « نهى عن بيع وشروط »
هكذا روي مجعلا بطريق الحكاية ، وليس هذا النص متفقا على ثبوته
وصحة استاده الى النبي كما سنرى (ر : ف / ٢٢٠) •

ومع هذا ثبت أيضا في السنة العملية ان النبي عليه السلام اشترى
في السفر من جابر بن عبد الله بميرا ، وشروط لجابر ظهره الى المدينة
أي انه اشترط له حق ركوبه بعد البيع حتى يصل عليه الى المدينة •
(ر : بداية المجتهد ١٣٢/٢ وفتح القدير شرح الهداية باب البيع
الفاقد ٧٩/٦) •

٤ - وكذلك قرر النبي عليه السلام صفة الامانة حكما أصليا في
العارية بقوله : « ليس المستعير غير المفل ضمان » (١) •

ومع هذا ثبت في السنة العملية أنه عليه السلام استعار دروعا
وسلاحا من صفوان بن أمية لحاجة المسلمين اليها في غزوة حنين ،



« ما بال قوم يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ كل
شروط ليس في كتاب الله فهو باطل » •

ووجه منافاة هذا الشرط لمقاصد الشريعة فيما يظهر ان التشريع
الاسلامي يهدف الى ترغيب الناس في اعتناق الرقاب الرقيقة ، وقد فتح
لذلك ابوابا منها الزامية زمنها اختيارية • ولذا جعل حق الوريث بالولاء
لمن اعتنق ثم لعصبة وورثته من بعده ترغيبا في الاعتناق • فاذا اشترط على
مشتري العبد انه قد اعتقه فولاؤه للبائع كان هذا الشرط مما يحمل
المشتري على الاحتفاظ بملكية العبد المبيع وعدم اعتاقه • فيختل غرض
الشرايع وسياسته الشرعية في موضوع وحكم لهما اتصال بمقاصد
الشريعة •

(١) المفل (يضم الميم وتشديد اللام) اسم فاعل من « الاغلال » وهو
الخيانة في الاموال (ر : النهاية ، والمصباح) •

واشترط له ضمانها بقوله : « عارية مضمونة مؤداة » (١) .

٢١٦ - فهذه النصوص وأمثالها مما ورد في السنة عن مدى اعتبار الشروط المقدية تفيد :

أولا - ان هناك شروطا تعتبر مبدانا لارادة العاقدين أطلق فيه الشرع لارادتهم سلطانها ضمن حدود حقوقهم في احكام والتزامات تثبت بالمقد مبدئيا : ويعتبر العقد المسمى قائما بين الطرفين على أساسها ما لم يشترط خلافها .

ثانيا - ان هناك شروطا ممنوعة شرعا لا سلطان لارادة العاقدين فيها ، لانها تمس أحكاما أساسية تعتبر من مقاصد الشريعة الاسلامية ونظامها العام .

الشعبة الثانية

الاجتهادات الاسلامية

٢١٧ - فجاه مجموعة النصوص الواردة في هذه النواحي

(١) وهنا ما فسح مجالا لبعض الاجتهادات ان تذهب الى ان صفة الامانة في العارية هي الاصل ، ولكنها تصبح مضمونة اذا اشترط على المستعير ضمانها ، جمعا بين الدليلين ؛ وهو أحسن الاجتهادات وأوجهها في صفة العارية وبأن كان غير المشهور ، وهو أحد رأيين في الاجتهاد الحنفي .

والمناصب المشهورة فيها انها امانة مطلقا عملا بالحديث الاول ، وعليه الاجتهاد المالكي ، والرأي الراجح في الاجتهاد الحنفي ، او مضمونة مطلقا عملا بالحديث الثاني ، وعليه الاجتهاد الشافعي والحنبلي .

(ر : كتاب العارية في « المقتي » لموفق الدين بن قدامة الحنبلي ٣٥٤/٥ - ٣٥٦/٥ و « بداية المجتهد » ٢/٢٦٣ و « الكفاية » شرح الهادي في الفقه الحنفي ٤٦٨/٧ - ٤٦٩) .

الأربع يجد الباحث عن موقف الاجتهادات الاسلامية انها متفقة في بعض هذه النواحي ومختلفة في بعض :

أ - ففي الناحيتين الاولى والثانية اتفقت الاجتهادات على مبدأ حرية اتقاد ورضائته ، وعلى القوة الالزامية للعقد المشروع •

ب - وفي الناحية الثالثة ، وهي ترتيب آثار العقود ، تكاد تكون جمهرة الاجتهادات متفقة على مبدأ عام ، وهو أن ترتيب آثار العقود وأحكامها انما هو الاصل من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين ، فالشارع هو الذي ينظم هذه العقود ونتائجها في حقوق الناس ويجعل كل عقد طريقا الى نتائج معينة يرتبها عليه •

وللاجتهاد في هذا السيل عمل متم في التفرع على ما اثبتته نصوص الشريعة من أحكام العقود ، بالطرق التي فتحها الشرع نفسه أمام الاجتهاد في غير المنصوص عليه ، أي بطريق القياس أو الاستحسان أو الاستصلاح أو سد الذرائع ، على اختلاف الاجتهادات في بض هذه الطرق كما تقدم ايضاحه في بحث الاستصلاح أول الكتاب •

ومبنى النظر الفقهي في كون ترتيب آثار العقود من عمل الشارع هو أن العقد سبب شرعي ، فهو طريق يرسمه الشرع ليصل بساكنه الى نتائج حقوقية يقرها بينهم • فالى الشارع يعود تحديد هذه النتائج ؛ وانما تستمد ارادة العاقدین سلطانها منه بالمقدار والحدود التي يحددها لها • فان للشرع نظاما يحميه ، فهو الكفيل بإقامة الحدود بين الحقوق الخاصة وارادات أصحابها من جهة ، وبين المصالح العامة وارادة الشارع من جهة أخرى ، كما أن الشارع أيضا هو الكفيل بتنظيم تلك الحقوق الخاصة بين الناس بناء على مباشرتهم لاسبابها ،

حفظا للتوازن ، ومنعا للمتباين ، وضبطا لنظام التعامل^(١) .

ج - أما الناحية الرابعة ، وهي مدى حرية الشروط العقدية ، أو مدى سلطان الإرادة في تحديد آثار العقد بين عافيه ، فإن الاجتهادات الاسلامية المشهورة على اختلاف أساسي واسع الشقة فيها^(٢) .

(١) هذا خلاصة ما يستفاد من عبارات الفقهاء الاصوليين في مبنى آثار العقود ومردّها الى ارادة الشارع .

وانظر في هذا المعنى « كشف الاسرار » شرح اصول فخر الاسلام البزدوي ٣٥٨/٢ و ١٧١/٤ و « المستصلى » للفرزالي ٩٣/١ و « الموافقات » للشاطبي ١٣١/١ و ١٥١ و فتاوى ابن تيمية ٢٣٦/٣ .

وقد استوفى نقل كثير من عباراتهم الاستاذ الجليل الشيخ محمد ابو زهرة في كتابه « الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية » (ف/١٣٥ - ١٣٦) .

(٢) ان مبدأ سلطان الإرادة في آثار العقد بحسب الاصطلاح القانوني الحديث هو نظرية الشروط العقدية في اصطلاح فقهاءنا قديما ، فان طريق ارادة العاقدین الى تعديل الآثار الاصلية للعقد المسمى بينهما إنما هي الشروط التي يشترطانها في العقد ، اذ يضيف العاقدان بهذه الشروط الى نتائج العقد بينهما حقوقا والتزامات لم يكن ليقضيهما اصل العقد لو خلا عما اشترطاه فيه .

هذا ويقول الاستاذ البجاعة الشيخ محمد ابو زهرة حفظه الله :

« ان آثار العقد في النظر القانوني تنشئها ارادة العاقدین الحرة بناء على القاعدة القانونية القائلة : « ان العقد شريعة المتعاقدين » . فكل ما يرتضيه العاقد من احكام يكون صحيحا واجب الوفاء . »

اما في الشريعة الاسلامية فالارادة انما تنشئ العقد فقط ، ولكن احكام العقود وآثارها تكون من ترتيب الشارع لا من العاقد .

←

ويمكن تصنيف الاجتهادات - ذات الشأن في هذا الموضوع - الى
زمرتين :

١ - الاجتهادات التي تعتبر أن الاصل الشرعي في حرية
الشروط العقدية هو التقييد ؛ وهي الاجتهادات التي تمسكت بنظرية
مقتضى العقد .

٢ - والاجتهادات التي تعتبر أن الاصل الشرعي في تلك الشروط
هو الاطلاق .

➔ (ر : ه الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، ، ف/١٣٥) .
والذي اداه : أنه لا يصح القول في تشريع ما بان احكام العقود وآثارها
انما توجبها ارادة العاقد لا ارادة الشارع ، بل هي في ظل كل تشريع
يجب أن تعتبر من عمل الشارع لا من عمل العاقد ، لان ترتب حكم
العقد وأثره على العقد والزام العاقد به كشرعية له انما هو اعتبار تشريعي
صرف . وكل الزام للعاقد بنتيجة عقده لا يكون لولا ايجاب الشارع وادارته
الملزمة . وهذا نظر فقهاؤنا كما سلف بيانه ، ولا يصح اعتباره خلافا
في الشرائع القانونية الوضعية . فالعقد يعتبر شريعة خاصة بين
العاقدین في الفقه الاسلامي ايضا ما دام فيه ان العقد قوة ملزمة شرعا
لعاقديه .

وليس الفارق بين التشريعين في هذا الموضوع الا مدى ما فوضه
الشارع الى العاقدین من سلطان على تعديل الاحكام التي قررها التشريع
مبدئيا في كل عقد . وهذا يعني مدى حرية الشروط العقدية المعدلة
لتلك الاحكام . وليس معناه ان العاقدین هما اللذان يشرعان آثار العقد
ويوجبانها بينهما . فقد يخلو العقد من كل شرط ، وعندئذ لا شك في
ان الاحكام التي تثبت انما هي ما قرره التشريع من آثار لهذا العقد ؛
فهل يعقل ان يقال : ان العقد تارة يوجب العاقدان آثاره بينهما ، وتارة
يوجبها التشريع ؟!

وسنرى ان الاجتهادات المختلفة في الفقه الاسلامي بعضها يضيق
حرية الشروط العقدية ، وبعضها يوسعها توسيعا على غرار ما استقرت
عليه المبادئ القانونية الحديثة في ذلك .

(أولا)

الاجتهادات التي تمسكت بنظرية مقتضى العقد^(١)

٢١٨ - هذه الاجتهادات ترى أن لكل عقد في الشرع أحكاما أساسية تسمى : « مقتضى العقد » ، نص عليها الشرع مباشرة ، أو استنبطها الاجتهاد وأثبتها حفظا للتوازن بين الماعدين في الحقوق . فليس للماعدين ان يشترطا من الشروط ما يخالف هذا المقتضى . فان اشترطا شرطا مخالفا له يفسد العقد ، كما لو اشترط الاجير الصام من صباغ أو خياط مثلا أن لا يضمن ما يتلف بصنمه (ر : ف/١٨) .

وهذا مبنى الاجتهاد الحنفي في الشروط العقدية . ويقارنه في ذلك نظر جمهور فقهاء المالكية ، ثم الاجتهاد الشافعي .

فهذه الاجتهادات قد اخذت مبدئيا بنظرية مقتضى العقد ، وتمسك أصحابها بفكرته اجمالا ثم اختلفوا في التفصيل وتشعبت أنظماهم . والاجتهاد الشافعي أكثرها تشددا وتضييقا لحرية الشروط .

فمقتضيات العقود كلها في نظرهم انما تثبت بدليل شرعي . وليس للماعد أن يخالفها أو يضيف اليها شيئا أو يقيد بها بقيد الا اذا قام دليل شرعي يجيز التزامه ويوجب الوفاء به : كاشتراط تأجيل الثمن في البيع ، وتأجيل المهر في النكاح (ر : ف/٢٥٨ ج الحاشية) .

وقد انفرد الامام مالك برأي في الشروط التي تفسد العقود ، وهو أن الشرط الذي يتنافى بمقتضى العقد ويفسده اذا تنازل عنه شارطه فلم يتمسك به صح العقد ولنا الشرط ؛ وهو يبني ذلك على نظرية المانع

(١) انظر في معنى مقتضى العقد ما تقدم (ف/١٩٥) .

(ر : ف / ١٤٣) فيعتبر الشرط المنافي مانعا من صحة العقد ، فإذا زال المانع عاد المنوع .

(ر : بداية المجتهد ١٣٥/٢ و « نظرية العقد » للإستاذ أبي زهرة ، ف / ١٤٩) .

٢١٩ - موقف الاجتهاد الحنفي في هذا المقام :

والاجتهاد الحنفي يعتبر كل شرط متضمن لمنفعة زائدة على أصل مقتضى العقد مخالفا ومفسدا للمعاوضة المالية ؛ كما لو اشترط في البيع حمل المبيع على حساب البائع ، أو اقراض احد المتبايعين للآخر قرضا ، ونحو ذلك .

أما اذا كان ذلك الشرط في عقود غير المعاوضات المالية كالزواج فيلغو الشرط بنفسه ولا يؤثر في العقد .

ولكن الاجتهاد الحنفي يستثني من المنع ثلاثة أنواع من الشروط فيعتبرها صحيحة لازمة :

١ - الشرط الذي ورد الشرع بجوازه ، كما شترط تأجيل ثمن المبيع ، واشترط الخيار لاحد المتبايعين ، وهو المسمى : « خيار الشرط » ، وما يقاس على ذلك كخيار النقد ، وخيار التمين^(١) .

٢ - الشرط الذي يلائم العقد كاشتراط البائع على المشتري تقديم

(١) تقدم معنى خيار النقد وخيار الشرط ، فليُنظر (ف / ١١ / ثامنا) .

أما خيار التمين فهو أن يقع البيع وما في حكمه من عقود المعاوضات كالصليح والإجارة ، على واحد غير معين من عدة أشياء بشرط أن يكون لاحد العاقلين حق تعيين ما يختاره منها (ر : المجلة / ٣١٦) .

كامل أو رهن باليمن المؤجل ، لانه توثيق له (ر : ف ١٩٢ / ٥) .

٣ - الشرط الذي يجري به العرف المعتبر شرعا ، فإن العرف يصحح الشروط التي تعتبر في الاصل مفسدة للعقد .

فلو تعارف الناس في بعض الامكنة مثلا بيع البضاعة بشرط حملها على حساب البائع ، أو بشرط قيام البائع بتصليح الآلة المبيعة اذا اختلفت ، صح ذلك .

والاجتهاد الحنفي يبنى موقفه من حرية الشروط العقدية على شيء من المبالغة والتوسّع في التمسك بمبدأ التوازن بين حقوق العاقدين الناشئة بالعقد ، فيرى أن اشتراط منفعة لجانب أحد العاقدين يخل بالتوازن الواجب ويؤدي الى النزاع ، لانه منفعة زائدة على أصل مقتضى العقد بلا عوض يقابلها ، فتشبه ربا الفضل المنوع شرعا . فاذا جرى العرف على اشتراطها يصبح العاقد على بصيرة من أمرها ، فيحسب لها حساب في العوض المقابل فيعود التوازن مضمونا ، ويكون التعارف نافيا للنزاع . (ر : رد المحتار ١٢٣ / ٤) .

ولا يخفى أن هذا التعليل ضعيف المبني ، لان الواقع أن الانسان العاقل لا يشترط في عقده منفعة أو التزاما الا وقد وازنه وحسب حسابه في المعاوضة ، سواء أكان متعارفا أو غير متعارف .

وعلى كل حال قد كان استثناء الشرط المتعارف من المنع موسما من تطبيق حرية الشروط في الاجتهاد الحنفي ، لان العرف على الشروط قد عم (ر : مقدمة المجلة) .

بل لو قيل ، استنادا الى نظرية العرف هذه في الاجتهاد الحنفي ،

بأن تعارف الناس على اشتراط الشروط في العقود بوجه عام هو صحيح متبر كعارفهم على صور مخصوصة على الشروط في بعض العقود لكان ذلك تفقها حسنا . وعندئذ نستطيع القول بأن انشراط الفاسد قد زال من معاملات الناس بفعل الزمن ، وأصبحت الشروط في هذا المصير كلها صحيحة بمقتضى قواعد الاجتهاد الحنفي نفسه ، الا اذا كان الشرط مصادما لنص تشريعي خاص يمنعه ، أو منافيا لقواعد الشريعة ومقاصدها العامة ؛ فان الناس اليوم قد اعتادوا ربط معاملاتهم كافة بشروط يتفق عليها في كل عقد ، ولا سيما بعد أن أوجبت الاحكام القانونية احترامها .

وتكاد تكون هذه الاجتهادات سوى المذهب الحنبلي متفقة على أن عقد النكاح هو أبعد ما يكون عن سلطان ارادة العاقدین على آثاره وأحكامه ، لان أحكامه التي يقررها الشرع ليست من حقوق العاقدین فقط ، بل هي من حقوق الأسرة ونظام المجتمع .

وهذا أيضا ما يقره التشريع الوضعي ونظرياته في القوانين الحديثة كما سنرى .

(ثانيا)

الاجتهادات التي ترى ان الاصل في حرية الشروط العقدية هو الاطلاق

• ٢٢ - هذه الاجتهادات ترى أن الاصل الشرعي ، بمقتضى دلائل نصوص الشريعة والسنة العملية ، هو حرية العقود أنواعا وشروطا ، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان ويشترطانه ، ما لم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من عقد أو شرط معين ؛ فمندئذ يمتنع بخصوصه ، على خلاف القاعدة ،

ويعبر الاتفاق عليه باطلا ، كالتفاد على الربا أو الشروط التي تحل
حراما أو تحرم حلالا •

وهذا هو مبنى الاجتهاد الحنبلي ، بحسب بصوص فقهاء المختلفة ،
وهو أوسع الاجتهادات الفقهية الاسلاميه وأرجحها صدرا بمبدأ سلطان
الارادة ، ويتفق جوهر نظريته فيه مع النظريات القانونية الحديثة في
الفقه الاجنبي كما سنرى •

ومثله مذهب شريح القاضي (ر : ف/ ٣٣٤) ، ومذهب عبد الله
ابن شبرمة الكوفي^(١) • وعلى هذا الرأي بعض فقهاء المذهب المالكي •

فكون هذه الحرية هي المبدأ الاصلي العام في العقود
والشروط بنظر هذه الاجتهادات هو المستفاد من قول القرآن العظيم :
« يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود » بمقتضى عموم لفظه وإطلاقه ؛ ومن
قول الرسول عليه الصلاة والسلام : « المسلمون على شروطهم » •

والقيد الاستثنائي المانع هو المستفاد من قول النبي عليه السلام
في حديث بريرة المتقدم : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » •

(١) عبد الله بن شبرمة بن الطفيل من كبار فقهاء الكوفة المجتهدين •
عاصر أبا حنيفة ، وتوفي سنة ١٤٨/ هـ ومذهبه في مدى سلطان الارادة
والشروط العقدي لم نره مفصلا كما نقل مذهب ابن حنبل ؛ ولكن ما تنقله
كتب المذهب الاخرى ، وما جاء في مقدمة المجلة عن مبدئه العام في ذلك ،
يفيد أنه كالا جتهاد الحنبلي في موقفه من سلطان الارادة وحرية «الشروط
العقدية (ر : فتح القدير ٧٦/٦ ، ومقدمة المجلة) •

ومن المفيد جدا البحث عما يمكن العثور عليه من آرائه «الفقهية في
كتب اختلاف الفقهاء • وقد قدمنا اختلافه في الفتوى القياسية مع أبي حنيفة
في مسألة ضياع بعض الدنانير المستركة (ر : ف/ ٨٨ ب) •

بالمعنى الذي سلف بيانه في تفسير هذا الحديث (ر : ف / ٢١٥ ح) ؟ وكذا من قول عمر بن الخطاب في وصيته القضائية الى أبي موسى الأشعري : « الصلح جائز بين المسلمين ، الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا » (ر : ف / ١٠ ح) وكلام عمر هذا هو التفسير الصحيح للشرط المنوع الذي وصفه الرسول (ص) بأنه : « ليس في كتاب الله » .

ويطعن هؤلاء في ثبوت ما يروى من أن النبي « نهى عن بيع وشروط » بأنه ضعيف السند في نظر علماء الحديث ؟ وعلى فرض ثبوته يحمل على الشرط المنافي لكتاب الله وشريعته كما في حديث بريرة فإنه هو الثابت .

٢٢١ - ففي هذه الاجتهادات لا يعتبر العقود مقتضيات ضيقة بحدود ثابتة تتحكم في شروط المتعاقدين ، بل يرون أن الشارع في الشريعة الاسلامية قد فوض الى ارادة المتعاقدين تحديد هذه المقتضيات ضمن نطاق حقوقهما في كل ما لا يصادم نصا من نصوص الشريعة . ولا ينقص أصلا من أصولها الثابتة .

ويقول ابن تيمية رحمه الله في تحليل ذلك :

« ان العقود انما وجب الوفاء بها لايجاب الشارع الوفاء بها مطلقا الا ما خصه النليل . عل أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل والعقلاء جميعهم ، وادخلها في الواجبات العقلية من يقول بالوجوب العقلي (١) » .

(١) الذين يقولون بالوجوب العقلي هم فريق المعتزلة . ورايهم في ذلك أن الامور التي تتصف بالحسن الذاتي ، كالإيمان بالله تعالى وكالصديق والعدل ، يعتبر الناس مكلفين بها بحكم العقل ، ومحاسبين عليها عند الله

والاصل في العقود رضى المتعاقدين ونتيجتها هو
ما اوجباه على انفسهما بالتعاقد . »

ثم اورد رحمه الله نصوص الشريعة الدالة على هذا المبدأ مما اوردناه
في أول البحث . (ر : فتاوى ابن تيمية ، ٣ / ٢٣٩) .

٢٢٢ - موقف الاجتهاد الحنبلي من نظرية مقتضى العقد :

هذا ، وان الفقه الحنبلي لم يهمل نظرية مقتضى العقد التي تمسك
بها من ضيق على نفسه من رجال المذاهب الاخرى . فكثيرا ما يمنع فقهاء
الحنابلة بعض الشروط في بعض العقود ويعطلون بمخالفة ذلك الشرط
لمقتضى العقد .

ولكنهم اوسع نظرا في تفسير مقتضى العقد وحدوده . فهم لا يعتبرون
كغيرهم ان كل مصلحة يشترطها أحد العاقدین لنفسه مما لا يوجبها العقد
بذاته تكون منافية لمقتضاء ؟ بل يعتبرون مصلحة العاقد من مصلحة العقد
نفسه ما دامت مشروعة ، أي غير محرمة شرعا . فلا يعتبر الشرط منافيا
لمقتضى العقد في نظر المحققين من الحنابلة الا في النواحي الاساسية التي اذا
شرط خلافها تعطلت الناية الشرعية من العقد : فمدئذ قد يبطل العقد
بالشرط ، وقد يبطل الشرط ويصح العقد ، وذلك على حسب حال الشرط
ودرجة منافضته لناية العقد .

تعالى دون توقف على ورود الشرائع الالهية وتبليغها بواسطة الرسل .
وهو خلاف ما عليه جمهور فقهاء المسلمين الذين يتمسكون بظاهر قوله
تعالى : « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » .
والمسألة معروفة في علم الكلام وعلم اصول الفقه بمسألة « الحسن
والقبح العقليين » .

وعلى هذا الأساس قالوا :

- لو شرط في عقد النكاح أن لا تحمل به المتعة الزوجية ، يبطل العقد بهذا الشرط ، اذ لا يبقى معه للزواج معنى بل يكون كالعقد الصوري .

- أما لو شرط فيه عدم ممارسة الاستمتاع الزوجي فإن النكاح يصح ويلغو ان شرط لانه ينافي مقتضى العقد ، اذ لا يعقل أن يكون الاستمتاع حلالا بالعقد وممنوعا بالشرط .

وانما لم يبطل هنا لان غايته الشرعية ، وهي حل المتعة ، حاصلة ومتفق بين الطرفين على ثبوتها ، والشرط المذكور أمر زائد غير جائز ، فيلغو هو دون العقد .

- وعلى هذا الأساس أيضا قالوا : اذا شرطت المرأة في عقد النكاح أن لا يسافر الزوج معها اذا سافرت كان هذا الشرط باطلا ، لان الشريعة لا تبيح لها السفر وحدها .

أما اذا شرطت أن لا يسافر زوجها بهما اذا أراد السفر ، أو أن لا يتقلا من دارها ، فإن شرطها هذا صحيح ، لانه مصلحة مشروعة لا تمنع المقصود من النكاح ، فيصح اشتراطها ، ويثبت للمرأة خيار الفسخ اذا لم يف لها الزوج به .

٢٢٣ - وقد ردوا على من يرى أن مثل هذا الشرط ليس من مصلحة العقد ردا قرووا به ضابطا فقها هاما كان فيه حد الفصل بين نظريتهم السمحة ونظرية غيرهم الضيقة في حدود مقتضى العقد ، فقالوا :

• والقول بأن هذا الشرط ليس من مصلحة العقد
قول مردود ، لأن هذا الشرط من مصلحة المرأة ،
وما كان من مصلحة المالك^(١) كان من مصلحة العقد ،
كاشتراط الرهن في البيع •

(ر : كشف القناع شرع الأنواع ٥٢/٣ طبعة المطبعة الشريفة) •

وصرحوا في الرهن بأنه لا يصح فيه اشتراط أن لا يباع الرهن عند
حلول الدين ، أو أن لا يستوفى الدين من ثمنه • وكذا لا يصح اشتراط
الخيار للراهن ، ولا توقيت الرهن • وعللوا ذلك بأن هذه كلها
شروط فاسدة لمقتضى العقد ، فإن المقصود بعقد الرهن ، مع
الوفاء بهذه الشروط ، مفقود • واحتفلوا هل يبطل الرهن بهذه الشروط ،
أو يفسد الشرط فقط • (ر : المضي : ٤/٤٢٩) •

وهكذا في معظم العقود يميزون في كل منها بين الشروط الصحيحة
والشروط الفاسدة ، ويملئون فسادها بأنها تنافي مقتضى العقد بهذا المعنى
الذي ينه •

وقد يتوسمون أحيانا في المنع ، فيحكمون بفساد شروط لا لأنها تنافي
مقتضى العقد ، بل لأن العقد لا يقتضيها ، كاشتراط منفعة الرهن للمرتهن
(ر : المضي أيضا) •

والظاهر أن منهم هذا الشرط في الرهن لما فيه من شبهة الربا عن
الحق المرهون فيه ، والا فأن قواعدهم ونصوصهم في البيع وغيره تقتضي
صحة اشتراط المنافع الزائدة على أصل مقتضى العقد •

(١) هنا قيد ملحوظ : أي من مصلحة المالك المشتروعة ، وهي التي لا
يحرمها الشرع •

٢٢٤ - وقد اختلفت الروايات عن أحمد في صحة اشتراط قلب مقتضى العقد من حكم الضمان الى حكم الأمانة ، وبالعكس •

فقد قال شمس الدين بن قدامة المقدسي في الشرح الكبير :
« وإن اشترط المستعير نفي ضمان العارية لم يسقط الضمان » •

وكل ما كان أمانة لا يصير مضمونا باشتراط ضمانه ، لأن مقتضى العقد كونه أمانة ، فإذا شرط ضمانه فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب لضمائه ، فلا يلزمه ، كما لو اشترط ضمان الوديعة أو ضمان مال في يد مالكة •

وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه ، لأن مقتضى العقد الضمان ، فإذا شرط نفي ضمانه لا ينتفي مع وجود سببه ، كما لو اشترط نفي ضمان ما يتعدى فيه •

وعن أحمد أنه ذكر له ذلك فقال : « المؤمنون على شروطهم » ؛ وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ، ولكن الاول هو ظاهر المذهب •

(ر : الشرح الكبير ، كتاب العارية ٣٦٦/٤ - ٣٦٧) •

فأنت ترى من هذا أن مسؤوليات العاقدين الاساسية الناشئة عن طبيعة العقد يتقبل الاجتهاد الحنبلي انقلابها بالشروط •

٥٢٢ - مزايا المذهب الحنبلي في سلطان الارادة اجمالا :

وهذا الاجتهاد الحنبلي ، وما على أسلحه وغراره في فهم نصوص الشريعة حول مبدأ سلطان الارادة القديرة لا يتقضي منه اعجاب

المتأمل ؟ وهو الاجتهاد الجدير بالخلود • فهو في باب العقود والشروط كالافق الفسيح واسع محدود ، ولكن حدوده هي الطبيعة نفسها !! ولا سيما اذا عرفنا أن مبدأ سلطان الارادة الذي قرره الاجتهاد الحنبلي منذ اثني عشر قرنا ، استباطا من نصوص الشريعة الاسلامية الخصية وأصولها المحكمة الواضحة ، لم تكن لتعرفه أو تفهمه انشراح العالمية والفقهاء الروماني ، ولم تنبئ اليه الافكار التشريعية والاجتماعية في أوروبا الا منذ قرنين كما سنرى ، مع أن الامام أحمد بن حنبل صاحب المذهب (رض) معدود من فقهاء مدرسة الحديث لا من مدرسة الرأي (ر : ف/ ٥٨ الحاشية)^(١) •

على أن ابن تيمية رحمه الله يرى أن عمق اطلاع أحمد وتمكنه في الآثار الثابتة من الحديث والسنة هو السبب في سماحة مذهبه التعاملى ، اذ يقول :

« ليس في الفقهاء الاربعة أكثر تصحيحا للشروط من أحمد • وإن عامة ما يصححه من العقود والشروط له دليل شرعى خاص من أثر أو قياس • فلا يعارض ذلك بأنه مخالف لمقتضى العقد • وقد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي (ص) وعن الصحابة ما لم يجده عند غيره من الأئمة » •

وهكذا أيضا يرى الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه

(١) يلحظ أن الاجتهاد الحنبلي في أمور العبادات وتطهير النجاسات والتورع هو غالبا أضيق من سواء ، مما جعله في نظر الناس عنوانا على التشدد في الدين ، عكس ما هو عليه من السعة والسماحة في أحكام التعامل بالعقود والشروط مما لم يتسع له غيره من المذاهب •

« ابن حنبل » : أن علم أحمد بالآثار كان يسعفه في فتح أبواب للشروط ظن غيره ممن لا يعلم السنة كعلمه أنها منقلة • فدراسة أحمد للآثار جعلته يفهم أن منطق الفقه الاثري يوجب الاطلاق والاباحة حتى يقوم دليل التقييد والمنع (ر : كتاب « ابن حنبل » ف/ ٢٢٨ - ٢٢٩) •

٢٢٦ - والاجتهاد الحنبلي قد سوى في الاعتبار بين الشروط المشروطة في صلب العقد ، والشروط المتفق عليها قبل العقد ، ولو لم يصرح بها حال التعاقد ، ما دام الماقد انما اعتمد عليها ؛ لان الامر بالوفاء بالشروط والعقود والمهود يتناول الحالين •

وهذا هو ظاهر مذهب أحمد ، وجزم به في « المنتهى » ، وقال في « الانصاف » : انه الصواب الذي لا شك فيه • (ر : كشف القناع ٥٢/٣) •

فقد اعتبر أحمد الشرط الملحوظ كالشرط الملفوظ ، كما اعتبر المعروف عرفا كالشروط شرطا •

٢٢٧ - النواحي التي تتجلى فيها مزايا المذهب الحنبلي في سلطان الازادة :

ومما يسترعي النظر من الاجتهاد الحنبلي في حرية الشروط ست نواح هامة من مبدأ الازادة-تعرف قيمتها في ميزان الفقه القانوني الحديث ، وهي :

٢٢٨ - الناحية الاولى :

ان الاجتهاد الحنبلي لم يفرق بين عقد النكاح وغيره في حرية اشتراط الشروط وقوتها الزمنية ضمن حدوده العامة السالفة البيان • وسوغ

للزوجين أن يشترطا ما يشاءان في عقد النكاح من الحقوق والمصالح والاحوال التي لا تنافي موضوع الزواج ونظامه الشرعي في الاسلام . فقد أجاز الامام أحمد بمقتضى هذا المبدأ أن تشترط المرأة عدم السهر مع زوجها ، أو أن لا ينتقل بها من دارها ، أو أن لا يتزوج عليها ، أو أن يشترط أحد الزوجين كون الآخر موسرا ، وغير ذلك .

وكل شرط صحيح يشترطه أحد الزوجين اذا لم يتحقق يسوغ للزوج الآخر فسخ النكاح .

وانما يمنع من الشروط في النكاح ما يمنعه الشرع بنص خاص ، أو ما ينقص الحقوق والواجبات التي تمد من النظام الشرعي في النكاح ، كما لو اشترط توقيت النكاح ، أو عدم المهر ، أو عدم النفقة الزوجية أو عدم الاستمتاع الزوجي ونحو ذلك .

وتفصيل ذلك مبسوط في كتب المذهب (ر : المفني ، والشرح الكبير ، وكشاف القناع ، وكتاب « الفروع » وتصحيحه باب الشروط في النكاح) .

٢٢٩ - ويستند الاجتهاد الحنبلي في ذلك الى قول النبي عليه الصلاة والسلام .

« ان أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج »

فهو لم يفرق بين شروط المهر المالية وغيرها من مصالح الزوجين المشروعة التي تتعلق بها ارادتهما ، بل اعتبر الشروط في النكاح أحق بالتمسك وأؤكد من غيرها .

وتمسك الحنابلة أيضا في هذا المقام بما رواه الامام البخاري في

صحيحه في قضاء عمر بن الخطاب (ر ض) ، أن رجلا تزوج امرأة
وشرط لها السكنى في دارها ، ثم أراد نقلها ، فتقاضيا الى عمر ، فقال :
« لها شرطها » . فقال الرجل : اذن يطلقتنا !! فأجابه عمر بتلك الكلمة
الدستورية الخالدة :

« مقاطع الحقوق عند الشروط ، ولك ما شرطت »

(ر : اعلام الموقعين ٣/٣٣٨ وكشاف القناع ٣/٥٣) .

وقد أجاز الاجتهاد الحنبلي أيضا ، على خلاف بين فقهاء المذهب ،
اشتراط الخيار في عقد النكاح مدة معينة كما في عقود المعاوضات ، فاذا
مضت المدة دون أن يفسخ الزوج المخير ينبرم النكاح .

(ر : كتاب « الفروع » وتصحيحه ٣/٦٠) .

٣٣٠ - الناحية الثانية :

وقد نفرع عن تلك الناحية الاولى أن جازنا الاجتهاد الحنبلي بمبدأ
جديد هام في قاعدة الشروط العقدية ، وهو أن الشرط قد يكون في ذاته
وبحسب طبيعته غير ملزم شرعا للمشروط عليه ، فهو في الشروط كالعقد
غير اللازم في العقود ، ومع ذلك يصح اشتراطه ولا يثلو . فتكون ثمرة
صحة اشتراطه ، رغم عدم لزومه ، ان الطرف المشروط لمصلحته يحق له
فسخ العقد عند عدم وفاء الطرف الآخر بالشرط .

ففي هذا النوع من الشروط يكون الطرفان مخيرين : فكما أن
الطرف المشروط عليه مخير في الوفاء بالشرط وعدمه يكون الطرف
المشروط له مخيرا بين الاستمرار وفسخ العقد في حالة عدم الوفاء
بالشرط :

- وذلك كما لو اشترطت المرأة في عقد النكاح على الرجل • أن لا يسافر أو لا يتزوج عليها • ، فإن الرجل حينئذ انما يستحسن له شرعا أن يفي بهذه الشروط ما استطاع • لكن لا يجب عليه الوفاء ولا يجبر عليه قضاء • لأن الشرع أطلق له حرية السعي والسفر والانتقال • اذ هو أعرف بمواطن رزقه وتبع حاجته • كما أطلق له حق الزوج بحدود رسمها الشرع • ولكنه اذا لم يف بالشرط فسافر أو تزوج غيرها كان لها فسخ النكاح بينها وبينه •.

- حتى ان الحنابلة جوزوا على هذه الطريقة شروطا مكروهة شرعا تمس غير المأقدين • بما دامت النتيجة في هذا النوع من الشروط ليست هي الالتزام بتنفيذ الشرط • بل هي حق الفسخ عند عدم تحققه •

وذلك كما لو اشترطت المرأة الثانية في عقد النكاح على زوجها أن يطلق امرأته الاولى • فقد اختلفوا في صحة هذا الشرط • والمحققون على صحته^(١) • لأنه من مصلحة المرأة الشارطة وإن لم يلزم به الزوج • فيحق لها فسخ النكاح اذا لم يف الزوج بتطبيق ضرئها كما شرط (ر : كشاف النقاع شرع الاقتناع • بحث الشروط الصحيحة في النكاح) •

٢٣١ - الناحية الثالثة :

ان الاجتهاد الحنبلي سوغ تقييد الملك المطلق عند مباشرة عقده

(١) ان موفق الدين بن قدامة المقدسي نص على عدم صحة هذا الشرط • لكن أكثر اصحاب المذهب الحنبلي على الصحة • وقواعد الترجيح في المذهب تعتبر قول الشيخ موفق عند الاختلاف هو المرجع الصحيح •

(ر : تصحيح الفروع ٥٦/٣) •

بشروط تحفظية تمنع بعض تصرفات المالك ، أو تقيد طرق الانتفاع ، أو تستثني بعض الحقوق ، أو توجب على المالك بعض الواجبات :

- فجوز لبائع الامة الرقبة أن يشترط على المشتري عدم بيعها بل يختصها بالتسري والاستيلاء ، لأنها قد تكون عزيزة على البائع فيريد أن يحفظ لها الصيانة والكرامة •

- وكذلك جوز اشتراط البائع على المشتري أنه اذا أراد بيع المبيع فالبائع أحق باسترداده بثمنه ، فليس للمشتري عندئذ أن يبيعه على غير بائعه •

- وجوز أيضا بيع الشيء مع شرط احتفاظ البائع بمنفعته مدة معينة ؛

- وجوز أيضا بيع العقار على شرط أن يقفه المشتري ، وبيع العبد على شرط أن يمتعه ، ونحو ذلك •

• وهذه الشروط وأمثالها لا تقبلها الاجتهادات الاخرى غير المذهب الحنبلي ، لأنها عندهم تعارض ما يقتضيه عقد البيع ، وما يستلزمه الملك المطلق من حرية تصرف المشتري فيما اشتراه ، فان ثمرات الملك وحقوقه لا يرتبها العاقد ؛ وانما يرتبها الشرع ثريا يمنع تجاوز الانسان فيها على حقوق غيره •

• ولكن نظر الاجتهاد الحنبلي في ذلك أن هذه الشروط الارادية لها تأثير في تحديد آثار العقد سلطة منحها التشريع العاقدين ، وفوضهما بمقتضاها هذا التحديد بحسب مصالحهما • فلا يكون للملك المتقل بعقد البيع مع هذه الشروط ملكا مطلقا بل مقيدا •

٢٣٢ - الناحية الرابعة :

ان الاجتهاد الحنبلي صحح طريقة البيع بما ينقطع عليه السعر ، أي بما يكون عليه سعر السوق في تاريخ معين ، دون تحديد للثمن عند العقد .

وهذا لم يقبله أحد من الأئمة الثلاثة غير أحمد ، لما فيه من جهالة الثمن عند العقد^(١) .

ولكن الاجتهاد الحنبلي اعتبر في هذا الاتفاق والشرط ما يضع أساسا صالحا لتحديد الثمن ، ونفي الجهالة وحسم النزاع .

وقد دافع عنه ابن القيم وأيد نظريته من الوجهة الشرعية والمصلحة الواقعية بما فيه الكفاية (ر : اعلام الموقعين ، طبعة المطبعة المنيرية بمصر ، ج ٤ ص ٣)^(٢) .

(١) ان متأخري الحنفية جوزوا من هذا القبيل النوع الذي أسماه : **بيع الاستعجار** ، للحاجة اليه ، واختلفوا في طريقة تخريجه (ر : رد المحتار ١٢/٤) .

وبيع الاستعجار : هو أن يأخذ الانسان حاجاته اليومية من عند اللحام أو البئدال أو غيرهما دون اتفاق على ثمن كل منها عند الاخذ ، ثم يحاسبه كل مدة . وهو المسمى اليوم بطريقة **الحساب الجاري** .

(٢) ويقول شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله في كتابه « قاعدة العقود » :

« وقد نص احمد على أنه يجوز أن يأخذ بالسعر ، فيجوز الشراء بالعوض المروف والاستعجار بالعوض المعروف . وكذلك التزوج بالعوض المعروف . بل عوض المثل في البيع والاجارة أولى بالقبول ، فإنه يوجد مثل المبيع والمأجور كثيرا ، ويعرف عوضه بكثرة العرف ؛ بخلاف المارة ، فإن ما يشابهها في صفاتها المقصودة من كل وجه متعذر » .

وهذا غاية ما وصل اليه المطلق القانوني الحديث في شرائط التعاقد وما جاءت به المادة /٩٦/ من القانون المدني الجديد لدينا من أنه : اذا اتفق العاقدان على النواحي الأساسية في العقد وأرجىء البحث في التفاصيل الفرعية ولم يشترطاً عدم تمام العقد قبل الاتفاق عليها ، اعتبر العقد منعقداً . وإذا اختلفا بعد في تلك الأمور الفرعية يقضي فيها القاضي بالعرف وقواعد العدالة^(١) .

٢٣٣ - الناحية الخامسة :

ان الاجتهاد الحنبلي أجاز تعليق التصرف بشرط معلق في جميع أنواع العقود والفسوخ ، من بيع واجارة وكفالة واقالة وإبراء وغيرها ، حتى عقد النكاح أيضاً ؛ وذلك على اختلاف في الآراء المذهبية في هذا التعميم .

وتعليق العقد هو انشاؤه بصيغة تفيد ارتباط وجوده بأمر آخر معلق عليه وهو المسمى بالشرط الحنبلي كما تقدم (ر : ف/١٤٢) .

وذلك كقولك : ان جاءت بضاعتي الفلاية اليوم فقد بستكها



(ر : « قاعدة العقود » فصل : « حق المرأة في الفسخ اذا لم يسلم لها الصداق المشروط ») .

وقد سبقتنا الإشارة الى أن هذا الكتاب من المخطوطات التي طبعت حديثاً (ر : ف/٢٥٣ ح) .

(١) يقول الاستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة في هذا المصدد : « ولقد رأينا أحمد يتوسع في العقود توسعاً ما كنا نحسب أنه سبق الفقه الحديث » .

(ر : كتاب « ابن حنبل » للاستاذ المشاور اليه ، ف/٢٢٣) .

بكذا ، وكقول المرأة : زوجتك نفسي على كذا من المهر ان رضي أبي
أو أخي مثلاً .

وجمهور الفقهاء قد أغلقوا باب التعليق في جميع العقود ولا سيما
التملكيات والنكاح ، فاعتبروها بالتعلق باطللة . وإنما سوغوا تعليق
الاستقانات المحضة كالطلاق والاعتاق . وسوغ الحنفية تعليق عقود
الالتزامات والأطلاقات كالكفالة والوكالة بالشرط الملازم دون غير الملازم
كما سنرى (ر : ف / ٢٥١) .

ومستند أحمد في تجويز تعليق العقود بوجه عام هو اطلاق قول
النبي عليه السلام : « **المسلمون على شروطهم** » فإنه لم يستثن منه إلا
الشرط الذي يناهض **كتاب الله تعالى** ، وهو الشرط الذي يحل حراماً أو
يحرم حلالاً ؛ فيستوي فيه الشروط التعليقية والشروط التقيدية^(١) .

ويقول ابن القيم في تحليل ذلك :

« ان تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات
وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو
المصلحة ، فلا يستغني عنه المكلف . وقد نص الإمام أحمد على
جواز تعليق النكاح بالشرط كما يتعلق الطلاق ، وعلى جواز
تعليق البيع والابراء » .

(اعلام الموقعين ، طبعة المنيرية ٢٣٧/٣ - ٢٣٨ / باختصار) .

وصحة تعليق العقود بالشروط هو ما يقتضيه اليوم مبدأ سلطان

(١) سيأتي التمييز بين الشرط التعليقي والتقييدي في المطلب الثاني
من هذا البحث (ف / ٢٢٨ - ٢٢٩) .

الارادة في القوانين الحديثة ، ومقتضى المادتين / ٢٦٥ - ٢٦٦ / من قانوننا المدني .

٢٣٤ - الناحية السادسة :

ان الاجتهاد الحنبلي أجاز طريقة المربون ، وهي أن يبيع الانسان الشيء ، ويأخذ من المشتري مبلغا من المال يسمى « عربونا » لتوثيق الارتباط بينهما ، على أساس أن المشتري اذا قام بتنفيذ عقده احتسب المربون من الثمن ، وان نكل كان المربون للبائع .

وجمهرة المذاهب على أن ذلك غير جائز ، لأن فيه شرط مال يستحقه البائع بلا عوض ، وعليه الاجتهاد الحنفي والمالكي والشافعي .

ولكن أحمد ومحمد بن سيرين ونافع بن الحارث أجازوه تسكما بما روى نافع وهو عامل لممر بن الخطاب على مكة : انه اشترى لعمر دار السجن بمكة من صفوان بن أمية ، وشرط له انه ان لم يرضها عمر فلفصفوان مبلغ معين من المال . وقد أقر عمر شرطه هذا (ر : الشرح الكبير ، باب الشروط في البيع ٤/٥٨ - ٥٩ ، وبداية المجتهد ٢/١٣٥) .

ومن المعلوم أن طريقة المربون هي وثيقة الارتباط العامة في التعامل التجاري في النصور الحديثة ، وتمتدها قوانين التجارة وعرفها ، وهي أساس لطريقة التمهد بتعويض ضرر النير عن التعطل والانتظار .

وقد أيد ذلك ابن القيم رحمه الله بما رواه البخاري في صحيحه في باب ما يجوز من الاشتراط ، عن ابن عون عن ابن سيرين أنه قال :

« قال رجل لكريته : ارحل ركابك ، فان لم ارحل معك في يوم كذا فلك مائة درهم ، فلم يخرج ، فقال شريح :

من شرط عل نفسه طائعا غير مكروه فهو عليه(١) .

(ر : اعلام الموقعين ، طبعة المطبعة النورية ٣/ ٣٣٩) .

وهذا النوع من الاشتراط المروي عن القاضي شريح في ضمان التعويض عن التمثل والانتظار ما يسمى في الفقه الاجنبي الحديث :

الشرط الجزائي Clause pénale (ر : ف/ ٣٩١) .

٣٣٥ - هذا ، ونحن انما عرضنا في هذه التواحي الست أسسا ومبادئ من سلطان الارادة في آثار العقود والشروط العقدية موجودة في الاجتهاد الحنبلي ومروية عن امامه .

ونلفت النظر الى أن في بعض هذه التواحي الاساسية اختلافا بين فقهاء المذهب الحنبلي ، وان ما هو متفق عليه من الأسس يوجد في تطبيقاته الفرعية اختلاف كثير على الحدود والتفصيلات .

فجريان خيار الشرط في عقد النكاح مثلا ، وصحة تعليق الشرط الملحق ، هو خلاف المشهور في المذهب الحنبلي .

(١) الكوفي بتشديد الياء ، وزان « غني » : هو المكاري الذي يؤجر دوابه للسفر .

ر « اوحد وكابك » : أي شد على دوابك رحالها استعدادا للسفر .
وشريح (بصيغة التصغير) هو شريح بن الحارث بن قيس الكندي ، من أشهر القضاة الامميين ، والفقهاء المجتهدين في صدر الاسلام ، ولاه عمر بن الخطاب قضاء الكوفة واستمر فيه حتى استعفى في أيام الحجاج فاعفاه ، وكان ثقة في الحديث ، مأمونا في القضاء ، له باع في الادب والشعر ، وعمر طويلا .

(ر : « قاموس الاعلام » للزركلي) .

وكذا تعليق عقود المعاوضات المالية ، وطريقة البيع بما ينقطع عليه
السعر بما تقدم بيانه ، لم تتفق عليها آراء فقهاء الحنابلة : فمنهم من حكم
بجوازها ومنهم من حكم بطلانها .

ولكن المهم هو أنها آراء فقهية قد اتسعت لها قواعد المذهب ونظرياته
الاساسية ، وهي بمثابة الرواية والنقل عن امام المذهب أو كبار رجاله
ولو أن بعضها لم يكن هو المشهور المرجح^(١) .

(١) يرجع فيما حردناه في هذا البحث الى المصادر التالية :

١ - من الكتب القديمة في الفقه العام والفقه المذهبي :

١ - « بداية المجتهد » للقاخي ابن رشد الحفيد المالكي ، باب بيع
الشروط والثنيا ١٣٢/٢ - ١٣٧ .

٢ - « فتح القدير » للكمال بن الهمام الحنفي شرح الهداية ، بحث
الشرط الفاسد من باب البيع الفاسد ٧٦/٦ - ٧٧ ، وكذا غيره من كتب
المذهب الحنفي .

٣ - أمهات كتب المذهب الحنبلي كالمفني ، والشرح الكبير ، والمنتهى ،
وكشاف القناع شرح الاقتناع ، فصل الشروط في البيع والشروط في النكاح
وفي غيرهما من العقود ، وخاصة هذين الفصلين في كتاب « الفروع »
وتصحيحه ، ففيه مختلف الروايات المذهبية .

وكذا كتاب « الانصاف » للشيخ علاء الدين علي بن سليمان المقدسي ،
فانه قد تكفل بتحرير هذه الروايات وترجيحاتها ، وقد نقلنا عن نسخة
مخطوطة منه من خزانة الاستاذ الشيخ جميل الشطي مفتي الحنابلة
بدمشق ، ثم طبعت في مطبعة انصار السنة في القاهرة .

٤ - بحث العقود والشروط للشيخ تقي الدين بن تيمية في الجزء
الثالث من فتاواه .

٥ - « اعلام الموقعين » لابن القيم ، المجلد ٦١ - ٦٢ من أمثلة الحيل
الجائزة ، طبعة المنيرية ٣/٣٣٦ - ٣/٣٤٤ وطبعة الكردي ٣/٢٧٨ - ٣/٢٩٤ .

→

- ٤٩٧ -

المدخل الفقهي ج^١ (٣٢)

ان الآراء والنظريات الفقهية في المذاهب المتبعة ، سواء منها الراجح والمرجوح ، كلها ثروة تشريعية قيمة يحتاج اليها • وقد يظهر تطور المصالح الزمنية واعادة النظر أن ما كان من الآراء الفقهية مرجوحا هو الذي يجب أن يكون الراجح ، وما كان يظن ضعيف المبنى هو في الحقيقة أقوى وأسد ، ولكن مرمى نظر صاحبه قد كان أمام قافلته بمسافات لا تدركها أبصارهم ؟ فيبقى غير معتمد عليه حتى تصل العصور بالأجيال الى مرمى ذلك النظر فإذا هو البصر الجديد ، والفهم الرشيد !!

وفي كل مذهب أنظار فقهية من هذا القبيل يمتاز فيها المذهب بما لم يدركه سواء من المذاهب •

٢٣٦ - ولله در ابن القيم - وهو من أعلام فقهاء المذهب الحنبلي - فان له في هذا المقام كلاما نفسيا مخلدا يعد من مفاخر الانظار الفقهية • فانه ، بعد أن استعرض في كتابه « **أعلام الموقعين** » بعض نصوص الشريعة وآثار السنة المروية في قاعدة الشروط ، والروايات الثابتة عن الامام أحمد في تطبيق العقود وتقييدها بالشروط ، يقول ما نصه :

« والمقصود أن للشروط عند الشارع شأنًا ليس عند

ب - من المؤلفات الحديثة :

١ - رسالة « العقود والشروط » للعلامة الكبير المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم بك •

٢ - كتاب « الملكية ونظرية العقد » للاستاذ الجليل الشيخ محمد ابي زهرة ، ف/١٣٥ - ١٥٩ •

- كتاب « ابن حنبل » للاستاذ المشار اليه نفسه ف/٢٢٤ - ٢٣٣ •

كثير من الفقهاء • فان بعضهم يلفون شروطا لم يلفها الشارع ،
ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فسادا • وهم
متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله ،
فليس لهم ضابط مطرد منكمس يقوم عليه دليل • فالصواب
الضابط الشرعي الذي دل عليه النص ، وفيه قضيتان كليتان :

أحدهما : ان كل شرط خالف حكم الله ونافض كتابه
فهو باطل كائنا ما كان •

ـ والثانية : ان كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض
كتابه ، وهو ما يجوز بطله وتركه بفنون اشتراط ، فهو
لازم بالشرط •

ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء ؟ وقد دل عليهما
كتاب الله وسنة رسوله واتفاق الصحابة • ولا تنبأ بالنقض
بالمسائل المذهبية والافعال الآرائية ، فانها لا تهدم قاعدة من
قواعد الشرع • •

(أعلام الموقعين ، طبعة المطبعة المنيرية ، ٣/ ٣٣٩ - ٣٤٠ / باختصار) •

٢٣٧ - وبمناسبة كلمة ابن القيم هذه نعيد الى الذاكرة تلك الجملة
الدستورية العظيمة لإستاذ شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله وقد نقلناها
سابقا (ف/ ٢٢١) اذ يقول :

« والاصل في العقود رضی المتعاقدين ، وتبقيتهما هو
ما اوجباه على انفسهما بالتعاقد » •

فهذه العبارة الجليلة هي التي يجب أن تعتبر بحق دستور الفقه
الاسلامي في مبدأ سلطان الارادة العقدية •

هذا ، وقد عتينا بسط القول في الاجتهاد الحنبلي هنا لأنه هو الذي
تمشى أسسه في موضوع سلطان الارادة العقدية مع النظريات القانونية
الحديثة ، وتصلح أن تكون أساسا للمقارنة بها^(١) .

المطلب الثاني

انواع الشروط العقدية

التعليق - التقييد - الاضافة

٢٣٨ - ان التصرفات القولية ، ومنها العقود ، لها من حيث الاطلاق
والتقييد ، حالتان عامتان :

(١) يقول الاستاذ الجليل الشيخ محمد ابو ذهرة في كتابه
« ابن حنبل » بعد عرضه لمذهب أحمد بن حنبل في حرية التعاقد والشروط
العقدية ما نصه :

« وهكذا ترى ذلك الامام الذي جعل آثار السلف استاذة،
فتخرج عليها واهتدى بهديها انتهى في العقود وفي كثير من
معاملات الناس الى التوسعة بدل التضييق ، والاباحة
دون المنع » .

وبذلك قام الدليل على أن الناس الذين يزعمون أن الرجوع
الى مسالك السلف الصالح فيه تضييق على الناس لم يعرفوا
حقيقة هذه الآثار ، وكيف سلك الصحابة السبيل ، وكيف
عالجوا المشاكل التي عرضت بروح الدين الذي جاء رحمة
للناس ، ولم يجري لاعنائهم والتضييق عليهم .

وهذه عقود تقوم عليها الاسواق العالمية اليوم قد كان في
فقه أحمد متسع لها ، وقد تبين انه اهتدى في هذا بهدي
السلف رضي الله عنهم . (كتاب « ابن حنبل »
٢٣٣/ف) .

أ - فهي إما أن تصدر من المتكلم منجزة ومطلقة ، أي خالية عن كل قيد وشرط . وعندئذ يوجد التصرف أو العقد في الاعتبار الشرعي ، وتترتب عليه أحكامه وآثاره من فور انشائه . وذلك كما لو قال أحد العاقدين للآخر مثلاً : بعتك فرسي هذه ، أو قال : آجرتك داري هذه سنة بكذا ديناراً ، وقبل الآخر ؛ فانه ينبرم العقد ويأخذ حكمه للحال . فيملك المشتري المبيع ، ويملك المستأجر المنفعة لقاء البذل المسمى الذي يستحق عليها . وعندئذ يسمى العقد **منجزاً مطلقاً** .

ب - وإما أن تصدر من المتكلم مربوطة بأمر يقصد به :

- تعليق وجود العقد ، أي ربط وجوده بوجود شيء آخر بحيث لا يوجد العقد ما لم يوجد ذلك الشيء .

- أو تقييد حكمه وآثاره .

- أو تأخير مفعوله الى زمن معين :

١ - فلو قال البائع مثلاً : بعتك حصتي من هذه الدار بكذا ان وضي شمريكي ، فقبل المشتري ، يكون المتبايعان غير متممين تنجيز البيع ، وإنما علقا وجوده وربطاه برضى المشتري الذي يمكن أن يرضى وأن لا يرضى ، فكان البيع تحت احتمال الوجود والعدم .

٢ - ولو قال البائع : بعتك هذه السيارة بكذا ، **على شرط ان تستعملها شهراً قبل التسليم** ، أو بشرط أن أقوم بتسليمها كلما طرأ عليها خلل الى سنتين ، فقبل المشتري ، يكون الطرفان قد اعتمدا تنجيز البيع ، وإنما أرادا تعديل آثاره بقيد قيده به يحفظ للبائع حقا في منافع السيارة مدة شهر بعد خروجها من ملكه ؛ أو يلزمه باصلاح ما يطرأ عليها من خلل . فقد كان مقتضى البيع لولا الشرط هو أن تنتقل

ملكية السيارة ويستحق تسليمها فوراً ، ثم لا يكون للبائع حق في شيء منها أو في منافعها ، كما لا يكون مسؤولاً عما يطرأ عليها من خلل حادث في يد المشتري •

٣ - ولو قال المؤجر : آجرتك داري هذه سنة بكذا اعتباراً من أول الشهر القادم فقبل المستأجر ، يكونان قد أخرا حكم الاجارة وأضافاه الى زمن مستقبل • ولولا هذا القيد المشروط لبدأ حكمها ونبتت حقوق المستأجر من فور العقد •

٢٣٩ - وبهذه الامثلة الثلاثة يتضح أن الشروط التي يلقي بها الماعد على عقده قيداً من القيد يعدل به عن طريق التنجيز والاطلاق هي ثلاثة أنواع :

الاول - الشرط الذي يعلق انعقاد العقد ونحوه من التصرفات القولية ، فيجعل وجوده مرتبطاً بأمر آخر •

وهذا يسمى : تعليقاً على الشرط ، كما في المثال الاول •

الثاني - الشرط الذي لا يترضى سبيل الانقضاء ، وانما يقيد حكم العقد تقييداً ، فيعدل آثاره الاصلية بايجاب التزامات بين الطرفين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقاً عن الشرط •

وهذا يسمى : تقييداً بالشرط ، كما في المثال الثاني • وقد يسمى : القترافاً بالشرط ، ويوصف العقد معه بأنه « مقيد بالشرط » في مقابل العقد « المعلق » •

الثالث - الشرط الذي ليس فيه تعليق وجود العقد ، ولا تعديل مقتضياته وأحكامه الاصلية ، وانما يقصد به تأخير سريان تلك الاحكام الى زمن مستقبل معين •

وهذا يسمى : **إضافة** ، كما في المثال الثالث •

وسنبين في الشعب التالية من البحث :

أولاً - مجمل الانظار والاعتبارات الفقهية في كل من هذه الانواع الثلاثة : (التعليق ، والتقييد ، والإضافة) •

ثانياً - الفوارق بين مقتضيات هذه الانواع •

ثالثاً - قابليات أنواع التصرفات والعقود لهذه الانواع من الشروط •

الشعبة الاولى

مجمل الانظار الفقهية في التعليق والتقييد والإضافة

أ - التعليق على الشرط

• ٣٤ - ان التعليق على الشرط ، كما تفيده تعاريف الفقهاء ، هو :
ربط حصول امر بحصول امر آخر •
فهو عكس التجيز الذي يكون فيه العقد مطلقا ساري الحكم منذ صدوره •

فصندا يقول الانسان الآخر مثلاً : ان سافر مدينتك فأنا كفيل بما لك عليه ، يكون القائل قد ربط انعقاد الكفالة بتحقيق سفر المدين • فهذا تعليق للكفالة^(١) •

★ (١) الفقهاء يعرفون التعليق بأنه :

٢٤١ - ويصاغ التعليل عادة بإحدى الأدوات الشرطية التي تربط بين فعلين ، نحو « ان » و « اذا » و « متى » و « كلما » ؛ لأن الامر المعلق عليه هو أفعال أو أحداث وقوعية ، وهذه الأدوات الشرطية هي التي تدخل على الجملة الفعلية فتجعل وقوع الحدث الذي تضمنه شرطاً لوقوع الامر المعلق المشروط .

فلا بد في التعليق من جملتين يربط بينهما بأداة شرطية .

فالجملة التي تدخل عليها الاداة الشرطية تسمى : **الشرط** ، او **جملة الشرط** ، وتدل على الامر المعلق عليه . والجملة الاخرى تسمى : **الجزاء** ، وتدل على الامر الانشائي المعلق من عقد ونحوه .

ولا عبرة بتقديم احدى الجملتين أو تأخرها ، نحو : « ان وصلت بضاعتي الغلاتية اليوم فقد وكلتك ببيعها » ، أو : « وكلتك ببيع بضاعتي الغلاتية ان وصلت اليوم » .

٢٤٢ - ولكي يكون الكلام تعليلًا بالمعنى الحقيقي في اصطلاح

« ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة اخرى » .

أو بأنه : « ترتيب امر لم يوجد على امر لم يوجد » .

(ر : « الاشباه والنظائر » بحاشية الحموي ، الفن الثالث ج ٢

ص/٢٢٤) .

ففي المثال المذكور قد رتب المتكلم الكفالة ، وهي مضمون الجملة الثانية ، على سفر المدين ، وهو مضمون الجملة الاولى . وكلاهما ، أي السفر والكفالة ، لم يتحققا في الوجود ، وانما التزم المتكلم الكفالة عند تحقق السفر المحتمل الوقوع .

والتعريف الذي استخلصناه واعتمدناه هو ثوبز وأوضح .

الفقهاء يجب أن يكون الأمر المعلق عليه ، وهو الشرط معدوما
على خطر الوجود ، أي معدوما محتمل الوقوع :

- فلو كان متحقق الوجود حين التعليق كان الكلام تنجيذا في صورة
تعليق ، كقول القائل : « ان كنت حيا فقد بعثك هذا الشيء » •

- ولو كان مستحيل الحصول كان التعليق ابطالا ، أي مبالغة في
التعبير عن الامتناع وعدم الارادة ، كقوله : ان عاش مدينتك بعد موته فأنا
كفيله • (ر : • الاشباه • لابن نجيم ، الفن الثالث / ٢ / ٢٢٤) •

٢٤٣ - هذا ، وان التعليق يقتضي وقوع الأمر المعلق عند تحقق
الشرط المعلق عليه ، كما يقتضي دوام انتفائه ما دام الشرط معدوما : أي
أن المشروط مرتبط بالشرط وجودا وعندما ، اذ يصير الشرط كالسبب
المشروط - بلادة المتصرف - بعد ان لم يكن له به علاقة •

وعلى هذا الأساس وضعت القاعدة القائلة : **المعلق بالشرط يجب**
ثبوته عند ثبوت الشرط (المجلد / ٨٢) •

فإذا قال الدائن للمدين : « ان وفيتي اليوم نصف ديني فقد أبرأتك
من الباقي أو قال الآخر : « اذا قضى القاضي لي على مديني فلان فقد وكلتك
بقبض الدين منه » ، فإن هذا التعليق يقتضي عدم براءة المدين عن الدين
قبل دفع القدر المشروط في الموعد المحدد ، وعدم ثبوت الوكالة بقبض
الدين قبل صدور حكم الحاكم به ؛ لأن القائل الذي له حق التصرف قد
اشترط الدفع أو الحكم ، وجعله مناطا لتحقيق الإبراء عن بقية الدين ،
أو للتوكيل • ولذلك يسنى أيضا الشرط المعلق عليه : **شرطا جليلا**
في مقابل « الشرط الشرعي » كما تقدم في مناسبه (ر : ف / ١٤٢) •

ب - التقييد بالشرط

٢٤٤ - وأما التقييد بالشرط ، أو الاقتران به ، فهو :

**التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك
التصرف في حالة اطلاقه .**

وذلك كما لو باع الانسان بضاعة على شرط أن تكون محمولة على حسابه الى محل المشتري . فالبائع هنا قد التزم بالشرط في ضمن عقده وجية حمل المبيع الى محل المشتري . وهذا الالتزام لم يكن ليقضيه البيع المطلق ، أي الخالي عن الشرط ، لأن البيع المطلق إنما يوجب انتقال الملكية بموض ، ثم ان المالك الجديد المشتري هو المكلف بنقل مشراه على حسابه^(١) .

ومثل ذلك ما لو وكل وكيلاً بشراء شيء على أن يكون الثمن مقطوعاً أقساطاً عين له عددها ومددها .

فالوكيل قد تقيدت وكالاته بهذا الشرط فأصبح ملتزماً فيها أن

★ (١) اُلفقهاء يعرفون الشرط التقييدي بأنه : « **التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد** » (ر : حاشية الحموي على الاشباه ، الفن ٣ ، ج ٢ ، ص/٢٢٤) .

ففي المثال المذكور قد التزم البائع أمراً لم يقع ، وهو حمل المبيع على حسابه وإن التزمه هذا حصل في ضمن أمر قد وجد وانبرم ، وهو عقد البيع .

وهذا التعريف يقابل قولهم في تعريف الشرط التعليلي بأنه : « ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد » كما تقدم (ف/٢٤٠) الحاشية .
والتعريف الذي وضعناه هنا أدق تصويراً لحقيقة الشرط التقييدي ، وأوضح صورة .

لا يشترى لموكله الا بحسب التقسيط الذي قيده به . فلو خالف يقع الشراء لنفسه ولا يلتزم به موكله . ولو كان التوكيل مطلقا لكان للموكل صلاحية الشراء للموكل نقدا وتقسيطا .

وهكذا يقال في تخريج كل مثال من هذا القبيل .

فالتقيد هنا هو حكم العقد المنشأ والتقييد هو الشرط الذي التزم به المعاهد ما التزم علاوة على الحكم الاصلي للعقد .

ويلحظ هنا أن العقد في حالة التقيد هو منجز مبروم ليس معلقا على شيء ، لأن معنى التقيد يشعر بوجود الأمر بالتقيد^(١) .

هذا ، وإن التقيد يصاغ عادة بعبارة « على أن » أو « على شرط أن » أو « بشرط أن » ، ونحو ذلك مما يفيد معنى التقيد الآنف الشرح ؛ نحو : « وهبتك هذا الشيء على أن تهتبي في مقابلة كذا » ، الخ

ج - الاضافة الى المستقبل

٢٤٥ - وأما الاضافة فهي :

تأخير حكم التصرف القولي المنشأ الى زمن مستقبل معين

وذلك كما لو قال المؤجر : « أجرتك هذه الدار سنة بكذا من أول الشهر القادم » ؛ أو قال الموكل : « وكلتك في جميع شؤوني منذ أول السنة الآتية » .

(١) ومن ثم نرجح تسمية هذا النوع « تقييدا » كما هو اصطلاح الحنفية لا « اقترانا » كما يسميه بعضهم (ر : ف/٢٣٩) ، لأن الاقتران معنى ينطبق على التعليق والاضافة أيضا ، فلا يدل على الخاصة التي يتميز بهذا هذا النوع .

وقد يكون الزمن المستقبل ملحوظا ، فيكون التصرف مضافا دون تصريح بالاضافة ، كما في الوصية ، إذ يقول الموصي مثلا : « أوصيت بثلث مالي لفلان ، أو للجهة الفلانية » . فان الوصية تفيد معنى الاضافة الى ما بعد الموت . أما التبرع المنجز في الحياة فهو الهبة أو الصدقة .

وتصاغ الاضافة عادة بذكر الزمن على سبيل الظرفية للتصرف الانشائي المضاف ، كما في الامثلة السابقة .

فاذا صيغت الاضافة بطريق التعليل على مجيء الزمن ، واستعملت فيها بعض أدوات التعليل الشرطية السالقة البيان اعتبرت تعليلقا محضاً لا اضافة ، كما لو قيل : « اذا جاء الشهر الفلاني فقد أجرتك داري سنة بكذا » . فمؤدث تأخذ أحكام التعليل لا أحكام الاضافة ، لأن أصل انعقاد العقد حيثئذ يكون معلقا على مجيء الزمن المعلن مربوطا به ارتباطا بالشرط بشرطه ، كتعليقه على أي حادث آخر ، وليس معقودا للحال ومؤخر الحكم اى زمن مستقبل بالصورة التي سبق شرحها في منى الاضافة الاصطلاحي . (ر : « الأشباه والنظائر » لابن نجيم ، الفن الثاني ، كتاب الطلاق ج ١ ص / ٢٥٥) .

الشعبة الثانية

الفرق بين مقتضيات التعليل ، والتقييد ، والاضافة

٤٢٦ - رأينا أن التعليل يجعل التصرف المعلق مرتبطا في وجوده بالشرط المعلق الذي يمكن أن يوجد أو لا يوجد .

أ - فالتعليل يقتضيه أن العقد المعلق بالشرط منهما كان نوعه هو عدم قبل وقوع الشرط المعلق عليه .

ب - أما التقييد فن مقتضاه أن يعتبر العقد المقيّد بالشرط موجوداً مبتوتاً بين الطرفين ، وإنما التزم في ضمنه حكم زائد معدّل لموجبه الأصلي ؛ وإن معنى التقييد يشعر بوجود العقد المقيّد كما تقدّم (ف / ٢٤٤) •

وعلى هذا ، فمن علق البيع مثلاً بقوله لآخر : « إن جاءت سيارتي الغلاية اليوم من سفرها فقد بمتلكها بكذا » ، ورضي المخاطب ، فإنه بحسب اتفاق الطرفين أنفسهما لم يرد صاحب السيارة أن يكون دائماً لها منذ تعليق العقد قبل مجيئها في ذلك اليوم ، وكذا لا يعتبره أحد دائماً بإنشاء هذا التعليق ، ولا سيما أن السيارة ربما لا تحضر في الزمن المعين فلا يتحقق الشرط الذي علق عليه البيع •

أما من قيد البيع بالشرط تقييداً بقوله مثلاً لصاحب سيارة : « اشتريت منك هذه السيارة بكذا على شرط أن تعلمني سوقها » ، ورضي الآخر ، فإن الطرفين يكونان متبايعين فعلاً بهذا التعاقد المقيّد ، ويشتر أن يبيع بمقتضى اتفاقهما منجزاً مبتوتاً بينهما ، ويصير البائع ملتزماً بتعليم السوق ، ومكلفاً بتنفيذ التزامه^(١) •

ج - وأما الإضافة فهي تشبه التعليق من وجه ، لأن حكم العقد

(١) ومن ثم يقول الفقهاء في التفريق بين التعليق على الشرط والتقييد بالشرط : أن الأول « ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد » أما الثاني فهو : « التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد » ، كما سلف بيانه في تعريف التعليق والتقييد •

وقالوا : « أن الشرط التعليقي هو ما علق عليه أصل الفعل ، والشرط التقييدي هو ما جزم فيه بأصل الفعل وشرط فيه أمر آخر » (ر : حاشية الحموي على « الأشباه » الفن الثالث ٢/٢٢٥ نقلاً عن قواعد الزركشي) •

المضاف مؤخر الظهور ، لان الزمن المضاف اليه محقق القدوم ، ونيس على
خطر الوجود والعدم كما في الشرط المطلق عليه •

ولكن شبهها بالتقييد أقوى لان المؤخر فيها ليس هو أصل القند كما
في التعليق ، بل حكمه فقط •

٢٤٧ - وعن هذا كن مقتضى الاضافة في نظر الفقهاء أن العقد
المضاف يتمدد في الحال سببا للحكم المستقبل ، فهو عقد قائم بين الطرفين
منذ انشاء الاضافة كما في حالة التقييد ، وليس معدوما للحال كما
في التعليق •

وبناء على ذلك قررنا في العتق أن من أضاف عتق عبده اضافة
الى المستقبل ، بأن قال له مثلا : « أنت حر غدا » ، لم يعد يملك بيعه رغم
بقائه رقيقا قبل الغد ، لانه قد انعقد له سبب الحرية بهذه الاضافة • فيعتبر
الاعتاق موجودا ، ولكن ظهور حكمه مؤخر تأخيرا الى أجل مسمى •
بخلاف ما لو علق عتقه تعليقاً بأن قال له مثلا : « ان عاد ابني من سفره
سالماً فأنت حر » ، فانه رغم صحة التعليق لا يعتبر سبب الحرية منعقدا له
في الحال ، بل يملك المولى بيعه قبل عودة ابنه لأن المعلق بالشرط هو عدم
قبل وجود الشرط (١) •

٢٤٨ - يتضح مما تقدم أنه في حالة التعليق اذا وجد الشرط
المعلق عليه فانما يثبت الحكم المعلق مقتصره لا مستندا ، أي انما يعتبر

(١) مثل ذلك ما لو صيغت الاضافة بطريق التعليق على الزمن المستقبل
كما لو قال المولى في المثل المذكور : « اذا جاء غد فأنت حر » ، فانه يملك
بيعه قبل حلول الغد ، لان الاضافة عندئذ تصبح تعليقاً يربط فيه أصل
العقد بمجيء الزمن المستقبل (و : ف/ ٢٨٦) •

موجوداً عند وجود الشرط لا منذ التعليق ؛ إذ لو اعتبر له بعد تحقق الشرط استناد الى تاريخ التعليق ، أي أثر رجعي ، للزم من ذلك تقدم العقد المشروط على شرطه ، وهو خلاف المقول .

فلو علق انسان الوكالة مثلاً بقوله لشخص آخر : متى تسلمت بضاعتي الفلانية فقد وكلتك بيئها ، فباعها المخاطب قبل تسليمها ثم تسلمها ربها ، لا ينفذ عليه البيع ، لأن وكالة ذلك الشخص انما تبث منذ تسلم البضاعة ، فقبل ذلك يكون فضولاً في بيعه .

الشعبة الثالثة

قابليات أنواع العقود لأنواع الشروط

٢٤٩ - ليست جميع أنواع العقود والتصرفات القولية في نظر جمهور الفقهاء قابلة لكل نوع من هذه الشروط العقدية الثلاثة : التعليق ، والتقييد ، والإضافة .

فمن العقود والتصرفات القولية ما يقبل هذه الشروط جميعاً ، فيصح تعليقه وتقييده وإضافته ؛ ومنها ما يقبل بعضها دون بعض .

والمذاهب الاجتهادية على اختلاف في هذه القابليات ؛ وإن أوسعها هو الاجتهاد الحنبلي كما تقدم .

وسنوجز فيما يلي قواعد الاجتهاد الحنفي في ذلك ، وهو حد وسط بالنسبة الى بقية الاجتهادات .

٢٥٠ - فنظر الاجتهاد الحنفي في قابلية العقود للشروط يمكن تلخيصه في القواعد التالية :

يقسم فقهاء الحنفية العقود وسائر التصرفات القولية الانشائية في هذا المقام بحسب ماهيتها وقابليتها الشرطية ، الى الاقسام الثمانية التالية :

١ - **المعاوضة المالية** ؛ كالبيع ، والقسمة ، والصلح عن مال بمال ، والاجارة •

٢ - **التكاح** ؛ ويصفونه بأنه : معاوضة غير مالية • والافضل أن يعد نوعا مستقلا •

٣ - **التبرعات** ؛ أي التملك بلا عوض كالهبة والصدقة ، والوصية والوقف • ويدخل فيها الابرأء عن الدين ، لمعنى التبرع فيه ، وان كان في صورة اسقاط • فهو اسقاط غير محض ، بل فيه معنى التملك •

٤ - **الاطلاقات** ؛ كالوكالة ، والاذن بالتجارة للصغير المميز^(١) من قبل وليه ، فان فيهما اطلاق سلطة تصرف للوكيل والصغير كانا محجورين عنها •

٥ - **الولايات** ، كتميين الحكام والعمال وسائر الموظفين من فروع السلطة الادارية •

٦ - **التقييدات** ، كمزل الوكيل والموظف ، وحجر المأذون^(٢) •

٧ - **الالتزامات** ، كالكنالة بأنواعها •

٨ - **الاسقاطات المحضة** ؛ كالطلاق ، والاعتاق ، واسقاط الشفعة •

(١ و ٢) ويسمى هذا الصغير عندئذ : **مأذونا** • ويجوز لوليهِ الاذن بحجره بعد الاذن • وسيأتي تفصيل احكام المأذون وحجره في نظرية الاهلية والولاية (ف/ ٤٣٧ - ٤٤٣) •

٢٥١ - وبناء على ذلك يقررون في قابلية هذه العقود والتصرفات

لشروط التفصيل التالي :

١ - المعاوضات المالية ، والتبرعات ، والنكاح ، لا تقبل التعليل ولا الاضافة مطلقا ، بل يجب أن تعقد منجزة . فإذا علقت على شرط أو أضيفت الى زمن مستقبل بطلت ، حتى لو وجد الشرط الملحق عليه ، أو جاء الزمن المضاف اليه ، لا ينقذ العقد .

فلو قال الآخر : « اذا ولدت فرسي هذه فقد يستكها بكذا » أو « وهبتها » ، أو قال لامرأة بحضرة شهود : « تزوجتك اعتبارا من أول الشهر القادم » ، وتم القبول ، لا تصيح الفرس بمبيعة أو موهوبة اذا ولدت ، ولا المرأة زوجة اذا حل الشهر المضاف اليه .

ولكن يستثنى من ذلك الوصية ، والوقف ، والاجارة ، والاعارة :
أ - فالوصية ، والوقف ، يقبلان التعليل على الموت ، والاضافة الى ما بعده تسهلا لأعمال الخيرات والمبرات ، وتشجعا عليها .

ب - والاجارة ، والاعارة ؛ يقبلان الاضافة الى المستقبل دون التعليل ؛ لأن معنى الاضافة موجود في طبيعتهما ، اذ لو كانت الاجارة والاعارة منجزتين تعتبران في قوة عقود مضافة متجددة مع آتاء الزمن المستقبل ، لورودهما على المنافع المستقبلية المتجددة ، كما سنرى في بحث تصنيف العقود . (الصنف / ١١) .

٢ - الاطلاقات ، والولايات ، والتقييدات ، والالتزامات ، تقبل التعليل بالشرط الملزم دون غير الملزم . وتقبل أيضا التقييد بالشرط ، والاضافة الى المستقبل .

والشرط التعليلي الملزم هو الذي يكون بينه وبين الامر الملحق عليه مناسبة تستدعي تربيته عليه .

فلو قال الانسان لغيره : اذا وصلت بضاعتي الفلانية فقد وكلتك بيعها ، أو اذا سافر مدينتك فأنا كفيلا ، صح التعليق ويصبح المخاطب وكيفا ، والقاتل كفيلا عند تحقق الشرط الملحق عليه ، من وصول البضاعة ، أو سفر المدين .

أما لو قال مثلا : ان هبت الريح ، أو ان نزل المطر ، فأنت وكيلتي ، لا يصح التعليق لعدم ملازمة الشرط .

٣ - الاستقاطات المحضة تقبل التعليق بالشرط مطلقا ، ملائما كان أو غير ملائم ، كما تقبل أيضا الاضافة الى المستقبل .

٤ - المعاوضة المالية ، كالبيع والاجارة ونحوهما ، تقبل التقييد بالشرط التقييدي الصحيح ، ويلزم الوفاء بما أوجبه الشرط من التزامات^(١) .

٥ - أما فسخ العقود فالظاهر من عبارات الفقهاء أن فسخ كل عقد يعتبر كأصل عقده في قابليته لهذه الشروط من تعليق وتقييد وإضافة . فقد صرحوا بأن فسخ البيع والاجارة يقبل من الشروط ما يقبله عقدهما (ر : الدرر ٢/٢٠٢) .

ويظهر لنا أن هذا نظر فقهي عام في فسخ كل عقد ، وليس خاصا بفسخ البيع والاجارة .

(١) تقدم بيان الشرط التقييدي الصحيح في نظر الاجتهاد الحنفي ، وهو الشرط الذي ورد به الشرع كاشتراط الخيار في البيع ، أو جرى عليه عرف ، أو كان ملائما للعقد كاشتراط البائع على المشتري تقديم كفيلا أو رهن بالثمن المؤجل ، فان في هذا الشرط استيثاقا بالتزامات العقد ، والعقد يلائمه الاستيثاق (ر : ف/٢١٩) .

وسيأتي في نظرية العرف مزيد بسط لتأثير العرف في تصحيح الشروط فليتنظر (ف/٥٢٤ - ٥٣٠) .

٢٥٢ - هذه خلاصة عن تأثير الشروط في أنواع العقود والتصرفات في الاجتهاد الحنفي ، أوجزناها ايجازاً لأنها لم يبق لها قيمة عملية لدينا ، فإن الاحكام القانونية في قانوننا المدني ، وقبله المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية الشامي السابق لدينا ، تقتضي صحة التعليق والتقييد والاضافة في جميع التصرفات والعقود .

وهذا التسميم القانوني موافق لآراء ومذاهب اجتهادية في الفقه الاسلامي ، كما في المذهب الحنبلي ، على ما سبق بيانه (ر : ف / ٢٢٠ / وما بعدها)^(١)

البحث الثاني

سلطان الارادة العقدية

في الفقه الاجنبي

المطلب الاول

اصل النظرية وتطورها

٢٥٣ - ان المبدأ القانوني الذي استقر أخيراً في الفقه الاجنبي الحديث بأوروبة حول سلطان الارادة العقدية يتلخص بما يلي :

(١) يرجع فيما حررناه من قابلية العقود للشروط في الاجتهاد الحنفي الى رد المحتار ، والدور شرح المنرر ، والبحر الرائق ، وغيرها من كتب المذهب الحنفي في باب (ما يفسد بالشروط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشروط) من كتاب البيوع .

ويلحظ الناظر في هذا الباب ان نظرية الفقهاء فيه مضطربة .

« ان السلطان الاصلي في انشاء العقد وفي تحديد التزاماته انما هو لارادة العقدين ، ولكن في حدود معينة يحددها التشريع وفقا للمصالح الفردية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية » .

وقد ظلت الارادة العقدية في أوروبا شلاءً مفلولة بالشكليات والقيود الضيقة طوال العصور القديمة ، وقرونا عديدة من العصور الوسطى ، حتى بدأت تتحرر شيئا فشيئا ، ويقوم لها سلطان بالتدريج أواخر العصور الوسطى .

ثم كان في العصور الاخيرة لمبدأ سلطان الارادة بكامل نواحيه سيادة في الافكار الاجتماعية والتشريعية ، وخاصة في عصر الثورة الفرنسية الذي كان متأثرا بفلسفة خاصة ثورية على سائر الاوضاع الاجتماعية ، ونفشت فيه نظرية « العقد الاجتماعي » الوهمية التي نادى بها « روسو » اذ ذاك ، حتى أصبح العصر مشحنا بروح الحرية الفردية ، واستقلال ارادة الفرد ، واعتبارها مصدر لكل نواحي الحياة الاجتماعية . وكان ذلك هبوبا واندفاعا للخروج من وطأة العصور المظلمة في أوروبا .

فهذه الافكار في الحرية المتطرفة قد تمخضت عن نظرية قانونية في مبدأ سلطان الارادة تقوم على أساس الارادة المجردة للشخص هي المصدر الوحيد لكل الحقوق والواجبات : فاليها ترجع ، وبها تحدد وتفسر جميع الالتزامات العقدية وغيرها ، حتى الالتزامات التي مصدرها القانون في شؤون الاسرة والمصالح العامة لأن الفرد يعتبر قد قبل هذه الالتزامات باختياره حينما ضوى^(١) طوعا الى مجتمع قانوني

(١) يقال ضوى يقضي ضويا (بضم الضاد في المصدر وكسر الواو وتشديد الياء) وزان « مضي يقضي مضييا » اذا انضم الى جماعة أو مكان ملتجئا (ر : القاموس المحيط) .

يفرض على أفرادها واجبات وتبعات •

ومن فروع ذلك ان ارادة العاقدین المحضة هي التي توجد المقد
دون توقف على شيء آخر ، وهي التي يجب أن تحدد آثاره وأحكامه •

٢٥٤ - ثم هوجمت هذه النظرية برودود قوية متينة فنُذرتها تنفيذاً
على أيدي رجال المذهب الاشتراكي ، ورجال مذهب التضامن الاجتماعي ،
وغيرهما من المذاهب المناهضة لمذهب « الفردية » المتطرف • فنكص
على عقبيه مبدأ سلطان الارادة التعاقدية بين رجال المذاهب الاجتماعية
والحقوقية ؛ ولا سيما أن نظرية سلطان الارادة المطلق تحول دون تقرير
مبدأ مسؤولية الطفل والمجنون ، ومبدأ المسؤولية المادية^(٢) ، مما اتجهت
القوانين الحديثة الى اعتباره ناحية أسلسية في نظام العدالة •

ثم ما لبث سلطان الارادة أن استعاد اعتباره على أسس جديدة •

(٢) نظرية المسؤولية المادية Responsabilité objective تجعل
الانسان مسؤولاً عن كل ضرر لغيره ينشأ مما في ملكه أو تحت حراسته من
الاشياء ، ولو لم يكن عن خطأ منه أو تقصير •

وهي نظرية حديثة تحدوها عوامل اشتراكية غلا فيها أصحابها
لحماية العمال من أخطار المعامل الآلية العصرية • وقد جاءت معاكسة
لنظرية المسؤولية الشخصية Respon. subjective التي بنيت عليها المادة
١٣٨٢ / وما بعدها من القانون المدني الفرنسي ، وهي تقتصر على مسؤولية
المالك أو الحارس ثبوت الخطأ أو التقصير منه •

والقوانين الحديثة تنحى الى الأخذ بنظرية المسؤولية المادية في نطاق
محدود كتشريع العمل ، وبقيود تحفظية •

(ر : كولانوكا بيتان ج ٢ / ف ٢٨٩ / و ٣٧٠ / ، و « الموجز في نظرية
الالتزامات » للاستاذ السنهوري / ٣٧٣ - ٣٧٥ / ، و « القانون المدني
المقارن » للاستاذ محسن شفيق ص / ١٢٤ - ١٢٧) •

وهكذا تردد مبدأ سلطان الارادة بين جزر ومد ، وأخذ ورد ، وانتكاس وانتعاش ، حتى استقر أخيرا على تلك النظرية المعتدلة التي رسمناها آنفا في صدر الكلام .

٢٥٥ - وكانت المادتان / ١١٣٤ و ١١٣٥ / من القانون المدني الفرنسي متمسكا قانونيا للجميع :

- فقد تمسك فريق المتطرفين في مبدأ سلطان الارادة بأولاهما التي تنص على أن العقد هو قانون في حق المتعاقدين .

- وتمسك الفريق الآخر بعد ذلك بالمادة التالية التي تصرح بأن الزام المتعاقدين بما تضمنه عقدهما مقيد بما تقتضيه العدالة والعرف ، وبما يقرره القانون من أحكام ، وفقا لطبيعة الالتزام .

فلا مجال اذن للقول بأن ارادة المتعاقدين وحدها هي التي تنشئ الالتزامات وتحدد آثارها ، بل يجب أن تخضع لحدود يتولى الشارع تصيها .

٢٥٦ - وهذه الحدود والقيود التي يقيد بها التشريع مبدأ سلطان الارادة تختلف باختلاف أنواع الحقوق والقيود ، وموضوعاتها :

أ - فهي الحقوق العامة والالتزامات الناشئة عنها لا سلطان لارادة الملزم أصلا ، بل للقانون وحده .

ب - وفي عقد الزواج وتناحجه ينحصر سلطان ارادة العاقدين في أصل العقد ، أي في قبول التعاقد أو رفضه بمحض حريتهما .

أما القيود الشكلية في عقد الزواج ، وكذا آثاره والالتزامات بين

الزوجين ، فيرتبها القانون على وفق ما يقتضيه تنظيم شؤون الأسرة والمصالح الاجتماعية التي مرجع تقديرها الى الشارع .

ج - وفي الحقوق العينية يتسع مجال سلطان ارادة العائدين في آثار المقد . أما تكوينه فيخضع لمراسم شكلية في التسجيل يفرضها القانون ، لارتباطها بسياسة التشريع في تنظيم الملكية العقارية ، وفي الضرائب الحكومية عليها ، وغير ذلك من الاعتبارات .

د - أما الحقوق الشخصية والالتزامات فهي الميدان الاوسع لبدا سلطان الارادة القديسة ضمن حدود الآداب العامة ، والنظام العام ، والنصوص القانونية الخاصة عندما تكون آمرة بحكم الزامي . فلا يصح مثلاً عقد الاستئجار على ارتكاب جريمة ، أو على فعل ما يناهض الآداب الاجتماعية :

- ففي هذا الميدان وهذه الحدود يعقد الانسان ما يشاء من العقود ، ويحدد آثار عقده بإرادته المحضة .

- وللعائدين أن يخالفا باتفاقهما ما رتبته القانون من أحكام العقود المسماة ، لأن الاصل فيها أنها غير الزامية ، وانما يفرضها القانون عند عدم الاتفاق. على خلافها الا ما كان من النصوص الآمرة التي ينص عليها القانون أو يقوم فيه دليل على عدم جواز اتفاق المتعائدين على خلافها^(١) .

(١) مثال ذلك أن القانون المدني الجديد لدينا في بحث ضمان العيب من عقد البيع يجيز للطرفين أن يتفقا على عدم ضمان البائع للعيوب الخفية اذا ظهر منها شيء في المبيع ، فيكون المشتري حينئذ مشترياً على مسؤوليته . فضمن العيب حكم مقرر قانونياً على كل بائع ما لم يتفق الطرفان على خلافه . لكن القانون ينص أيضاً على أن الاتفاق على خلاظه انما هو جائز

←

- وفي نطاق هذه المجموعة من القسود والحدود التشريعية يطبق
المبدأ القانوني العام القائل : ان العقد قانون المتعاقدين ؛ أي ان العقد
يلزم عاقيه في كل ما اتفقا عليه ، كما يلزم القانون سائر الناس .

(ر : « نظرية العقد » للاستاذ العلامة السهوري ، ف / ٩٤ - ١١٣) .

هذه خلاصة موجزة جدا عن مبدأ سلطان الارادة في التشريع
الاوروبي في مراحل التاريخ ، وما استقر عليه المبدأ أخيرا في الفقه
القانوني والتشريع الوضعي الحديث .

ومما تقدم بيانه يرى أن ما استقر عليه مبدأ سلطان الارادة في نهاية
تطوارة في الحقوق الحديثة هو الاسس التي قام عليها اجتهاد عمر بن
الخطاب رضي الله عنه ، والقاضي شريح ، وابن شبرمة ، والاجتهاد الحنبلي ،
وما جرى هذا المجرى من الاجتهادات في الفقه الاسلامي ، مما سلف بيانه
في البحث السابق .

المطلب الثاني

الشروط العقدية في الفقه الاجنبي

تعريف الشرط قانونا ، وتقسيمه - الشرط الموقف ،
والشرط الفاسخ - نقد النظرية الاجنبية في تقسيم
الشروط .



اذا كان البائع حسن النية . اما اذا كان البائع سيئ النية بان دلس العيب
على المشتري تدليسا (أي كتمه عنه وهو عالم به) فان اشتراطه عدم
ضمان العيب يكون باطلا ، ويبقى البائع خاضعا للضمان القانوني ، كي
لا يتخذ هذا الشرط ذريعة للاحتيال والفسق (ر : ق م ٤١٣ و ٤٢١)
وانظر أيضا ما تقدم في بحث عيوب الرضى (ف / ١٨٧) .

٢٥٧ - تعريف الشرط قانونا :

ان علماء القانون في الفقه الاجنبي لهم في الشروط المقدية تقسيم اخر غير ما أوضحناه في الفقه الاسلامي :

فهم يعرفون الشرط بأنه ربط : نشوء الالتزام أو زواله بحادث مستقبل محتمل •

ومعنى كونه محتملا أنه غير مؤكد الحصول في المستقبل ولا ممتنع •
وهذا - كما ترى - هو الشرط التعليلي في اصطلاح الفقه الاسلامي
(ر : ف / ٢٤٠ - ٢٤٢) •

٢٥٨ - تقسيم الشرط قانونا :

ثم هم يقسمون هذا الشرط الى نوعين أساسيين تنفرع منهما صور فرعية ، وهما :

١ - الشرط **المؤلف** : Conditon suspensive وهو الذي يعلق نشوء الالتزام ، ويجعله متوقفا على أمر مستقبل محتمل ؛ مثل قول الموظف : آجرتك داري هذه سنة بكذا ان نقلت وظيفتي الى بلد آخر • فتكون الاجارة بين الطرفين معدومة قبل وقوع شرط النقل •

٢ - والشرط **الفاسخ** : C. résolutoire وهو الذي يرتب على وقوعه زوال الالتزام القائم ؛ مثل : استأجرت دارك على شرط انني اذا نقلت وظيفتي الى بلد آخر انفسخت الاجارة • فتكون الاجارة قائمة بين الطرفين ، ولكنها تفسخ بوقوع النقل •

والفارق الاساسي عندهم بين النوعين في الحكم هو أن الالتزام في

الشرط الموصف معدوم محتمل الوجود ؛ وفي الشرط الفاسخ موجود محتمل الزوال •

ويتفرع عن ذلك تفاصيل مبسطة في مغاها من الكتب القانونية الفرنسية وما نقله عنها علماء القانون المصريون^(١) •

(ر : « دالوز Pencil de droit civil » ج ٢/ف ٤١٥ - ٤٢٦/ ،
و « الموجز » في نظرية الالتزامات للاستاذ العلامة السهوري ف/
٣٦٦ - ٤٨٠) •

٢٥٩ - نقد النظرية الاجنبية في الشروط :

ان شراح نظرية الالتزامات في الفقه الاجنبي لم يميزوا بين التعليق على الشرط والتقييد بالشرط كما ميز فقهاؤنا ذلك التميز الدقيق المستند الى اختلاف ماهية هذين النوعين من الشروط على ما سبق بيانه ، بل خلط علماء القانون بينهما •

وأما تقسيمهم الشرط الى نوعين : **موقف** ، و**فاسخ** فليس في الحقيقة تقسيما للشرط نفسه الى نوعين ، بل هو تقسيم الامر المشروط : فان كان المربوط بالشرط هو أصل الالتزام سمي الشرط عندهم **موقفا** ؛

(١) ترجم علماء القانون المصريون كلمة : La C. suspensive في القانون الفرنسي بالشرط **الواقف** • وعلى ذلك درج الاصطلاح القضائي في مصر غير اني أرجح هنا أن يقال : شرط « **موقف** » كما يسميه بعضهم « اشتقاقا من (**وقوف**) بزيادة الهمزة ولو أنه خلاف الفصحح لغة في هذه المادة ، اذ الفصحح فيها الثلاثي المجرد (ر : المصباح والقاموس) ؛ وذلك كيلا يشتبه على الطالب اسم « **الشرط الواقف** » باسم « **شرط الوقف** » المستعمل لمعنى آخر بعيد عن هذا الموضوع في احكام الاوقاف ، وان كان التركيب الاول وصليا والثاني اضافيا •

وان كان المربوط به زوال الالتزام سمي الشرط فاسخا . فالشرط في كلا الحالتين نوع واحد من قبيل التعليل ؛ ولكن تعليل نشوء الالتزام يقتضي عدم وجود الالتزام بين الطرفين قبل تحقق شرطه الملحق عليه ؛ وتعليل زوال الالتزام يقتضي قيام الالتزام واستمراره بينهما الى حين وجود ما يفسخه .

وهذا ما أوجبه انقسام الشرط نفسه الى نوعين مختلفين ، النتائج ، بينما اختلاف النتائج ناشيء من اختلاف نوع الامر المشروط : هل هو نشوء الالتزام أو هو زواله ، لا من اختلاف في طبيعة الشرط ونوعيته .

ومما يلحظ عليهم أيضا من حيث الترتيب انهم لا يبحثون عن الشرط في ضمن نظرية العقد من مصادر الالتزام ، بل يبحثون عنه في فصل على حدة كما لو كان الشرط حالة مستقلة من الأحوال العامة للالتزام نفسه ، بينما أن الشرط عنصر عقدي ولا يتصور له وجود الاتفاقي للعقد . فمحله الخاص المناسب انما هو في نظرية العقد .

* * *

الفصل الرابع

انحلال العقد

٣٦٠ - يراد من انحلال العقد زوال الرابطة الحقوقية التي ربطت المتعاقدين بموضوع العقد • فالانحلال لا يكون الا بعد سبق الانقضاء •

ومن هنا يتجلى الفرق بين انحلال العقد وبطلانه • فان البطلان هو الحالة التي كان للعقد فيها وجود حسي فقط دون أن يكتسب وجوده الاعتباري في نظر الشرع ، أي أن العقد في حالة البطلان غير منعقد من أصله ، كمولود يولد ميتا •

أما الانحلال فهو الحالة التي نواجه فيها عقدا منعقدا متجعا لأناره بين طرفيه ، ولكنه بعد الوجود يزول وينعدم بسبب غير ارادي ، أو بسبب ارادي • فهو كشخص حي تطرأ عليه الوفاة •

فإذا أزيل العقد ازالة بسبب ارادي مما سيأتي بيانه قريبا سمي ذلك :
فسخا •

وإذا زال العقد بسبب طاريء غير ارادي سمي ذلك : انفساخا •

٣٦١ - أولا - الفسخ :

الفسخ هو حل رابطة العقد (الانشابه أول أحكام الفسخ ج ٢ ص/١٩٥) •

والنظرية العامة فيه تستمد حق الفسخ من فكرة اللزوم :

أ - فالعقود اللازمة بحق الطرفين ، كالبيع ، والاجارة ، والصلح ، فسحها كمقدها لا يكون الا باتفاق الطرفين المتعاقدين ، كما سنرى في تصنيف العقود . وعندئذ يسمى الفسخ **بالاقالة** .

وهذه الاقالة لها في النظر الفقهي اعتباران :

- فتعتبر بالنسبة الى العاقدين المتقابلين فسحا محضا ينحل به العقد المقال ، ويرجع بالعاقدين الى حالتهما الاولى قبل العقد .

- وتعتبر بالنسبة الى غير العاقدين (الشخص الثالث) كمقد جديد ، صيانة لحقوقه المكتسبة من تأمر العاقدين على خدماها بالاقالة .

فالمقار الذي بيع وثبت فيه حق الشفعة للشفيع ، اذا تقايل المتبايعان فيه البيع وأعيد الى ملكية البائع يعتبر ذلك البائع مشتريا جديدا بالاقالة ، فثبت للشفيع شفعة جديدة .

وكذا المشتري اذا باع المبيع ، ثم تقايل مع المشتري الثاني واسترد المبيع ، فاطلع على عيب قديم فيه ، فليس له الرد على البائع الاول بالعيب ، لان الاقالة كسراء جديد في حق البائع الاول . وان من المقرر في أحكام تدليس العيب ان المبيع بعد خروجه من ملك مشتريه فز عاد اليه بشراء جديد لا يرد به بالعيب القديم على بائنه . لأن تبدل سبب الملك يعتبر كتبدل عين الشيء المملوك ، فيستلزم تطهير الشيء من الحقوق السابقة . (ر : ف / ٦٤٤ والمجلة / ٩٨) .

وهذه قاعدة اتفق فيها النظر القانوني الحديث مع الفقه الاسلامي .

وكل عقد يقبل الإقالة سوى عقد الزواج .

هنا ، وإن للإقالة شرائط شرعية مبسطة في بابها من كتب الفقه^(١) .

ب - وأما العقود غير اللازمة بحق كسل من الطرفين ، كالشركة والوكالة ، فإنها تفسخ بإرادة كل منهما ما لم يتطرق ببقائها حق للمغير ، كالوكالة يبيع الموهون على ما تقدم بيانه (ف/ ٢٠٠) .

ج - والعقد اللازم بحق طرف دون طرف ، كالرهن ، يفسخ بإرادة من ليس لازماً بحقه ، وهو الدائن المرتهن .

ومثل ذلك يقال في العقود اللازمة في الأصل بحق الطرفين ، إذا طرأ عليها من عيوب الرضى ما يسلخ عنها صفة اللزوم في حق أحد الطرفين ، كما في خيار العيب وغيره من الخيارات ، مما سلف بيانه ، فإنها تفسخ بإرادة الطرف الذي شئت إرادته ، وعيب رضاه^(٢) . (ر : ف/ ٢٠٣ - ٢٠٦) .

(١) يذكر الفقهاء الإقالة غالباً في باب فرعي من كتاب البيوع باعتبار أن أغلب ما تقع الإقالة في البيع . ولكن المناسب أن يمد لها كتاب مستقل آخر العقود ، لما بيننا أنها يمكن أن تقع في كل عقد سوى الزواج .

(٢) علماء القانون يميزون في تسمية زوال العقد بين حالتين :

أ - حالة أحد عيوب الرضى عند تكوين العقد . وهنا يسمون إزالة العقد بإرادة من عيب رضاه : « ابطالاً » ويصفون العقد في هذه الحالة بأنه قابل للإبطال .

ب - حالة وجود سبب طارئ يتعلق بتنفيذ العقد لا بتكوينه : وهنا يسمون الإزالة « فسخاً » أو انفساخاً بحسب الأحوال . وهو اصطلاح حسن .

د - وتصرفات الارادة المنفردة اذا كانت غير لازمة تفسخ بإرادة منشئها ؛ كالوصية لجهة خيرية ، فانها تفسخ بإرادة الموصي نفسه ^(١) .

٢٦٢ - (ثانيا) - الانفساخ :

ينفسخ كل عقد من نفسه اذا استحال تنفيذه : وينفسخ العقد المستمر ^(٢) اذا فقد ما يعتمد عليه بقاءه :

أ - فينفسخ البيع بهلاك المبيع قبل تسليمه لاستحالة تنفيذ العقد بالتسليم بعد هلاك محله .

أما موت البائع قبل التسليم فلا يفسخ به البيع ، بل يصبح الوارث مسؤولا بالتسليم ما دام المبيع قائما في التركة ، لأن العقد الفوري كالبيع ونحوه ، تثبت جميع آثاره جملة واحدة بمجرد انعقاده ، فبقاء العاقد بعد ذلك وموته سواء .

ب - وتفسخ الشركة والمضاربة ^(٣) والمزارعة والمساقاة بموت أحد العاقدين ، لأن هذه العقود تنشئ التزامات عملية ذات آثار متجددة

(١) أما اللازمة كالوقوف والطلاق فلا تفسخ فسخا ، وإنما تكون خاضعة لقواعد البطلان .

(٢) سنرى في بحث تصنيف العقود (الصنف / ١١) أن العقد المستمر هو الذي يستغرق تنفيذه مدة ممتدة من الزمن كالأجرة والإعارة ، فإن استيفاء المنافع المقود عليها فيهما يكون تدريجيا ، فيكون العقد المستمر بمثابة عقود متجددة مع الزمن .

ويقاله **العقد الفوري** ، وهو الذي لا يحتاج تنفيذه الى زمن ممتد يشغله باستمرار ، بل يتم تنفيذه دفعة واحدة كالبيع ، والصلح .

(٣) انظر في معنى المضاربة (ف : ٢٨٠) .

فيها انسحاب واستمرار يعتمد بقاؤه بقاء العاقد علاوة على بقاء المحل •
والاجارة على الراجع في الاجتهاد الحنفي كذلك تنسخ بموت أحد
العاقدين •
وقوانينا اليوم على عدم انفساخ الاجارة بالموت ، وهو الاجتهاد الشافعي ؛
والمصلحة اليوم تقتضيه •

٣٦٣ - نتيجة انحلال العقد ، والاستناد والاقتصار فيه (١) :

والمبدأ العام في نتائج انحلال العقد فسخا أو انفساخا أنه :
يوجب إعادة العاقدين الى سابق وضعهما قبل التعلق •
ويقول ابن نجيم في أحكام الفسوخ من كتابه « الاشياء والنظائر » :
ان الفسخ يجعل العقد كأنه لم يكن •

(١) في الاصلاح القانوني الشائع اليوم في عصرنا يسمى انسحاب
الاحكام على الماضي : اثر رجعي • ويستعمل هذا التعبير في رجعية احكام
القوانين نفسها كما في آثار العقود على السواء • فيقال : هذا القانون له
اثر رجعي ، وذلك ليس له ، كما يقال : ان بيع ملك الغير بدون اذنه اذا
اجازه المالك يكون لاجازته اثر رجعي ، فيعتبر حكم العقد ساريا منذ انعقاده
لا منذ اجازته •

وليس في لغة القانون اسم لعدم الاثر الرجعي •

أما الفقه الاسلامي الغني بلفظه واصطلاحاته التي تتجلى فيها عبقرية
فقهائه خلال العصور فيسمى عدم رجعية الآثار « اقتصارا » ، بمعنى أن
الحكم يثبت مقتصرًا على الحال لا منسحبًا على الماضي • ويسمى رجعية
الآثر : « استنادا » ، وهو اصطلاح المذهب الحنفي • ويسميه المالكية :
انعكاسا •

وقانوننا المدني الجديد قد اقتبس واضعوا أصله المصري هذا الاصطلاح
من الفقه الاسلامي ، فاستعملوا فيه لفظ الاستناد بمعنى الاثر الرجعي •

فإذا كان العقد من عقود المعاوضة المالية كبيع أو صلح أو قسمة مثلا وتم تنفيذه ، ثم انحل العقد بأحد الأسباب الأتي بيانها ، وجب التراد أي نقض التنفيذ الواقع ، فعلى البائع إعادة الثمن الى المشتري وعلى المشتري إعادة المبيع الى البائع . ومثل ذلك يقال في بقية العقود .

فإذا لم يمكن نقض التنفيذ مطلقا ، لا كليا ولا جزئيا ، فيما تم تنفيذه من آثار العقد امتنع الفسخ . وإن أمكن النقض والتراد عينا في جزء من محل العقد دون آخر جاز الفسخ فيما يمكن فيه النقض والتراد دون ما لا يمكن .

وعلى هذا الأساس تفرع حالات امتناع الفسخ وجوازه ، وحالات الاستناد والاقتصار فيه :

أ - ففي العقود الفورية^(١) يشترط الفقهاء قيام محل العقد اذا كان عينا لتمكن أقالته . فإذا كان المحل - كالمبيع مثلا في عقد البيع - هالكا أو مستهلكا بعد التنفيذ لا تمكن أقالة البيع لعدم امكان التراد . وإذا كان بفضه هالكا جازت الاقالة في الباقي فقط .

(١) سنرى في تصنيف العقود (الصنف/١١) أن العقد نوعان : فوري ، ومستمر .

- فالمعقد الفوري هو الذي لا يكون الزمن عنصرا في تنفيذه ، بل يمكن تنفيذه دفعة واحدة ، كالبيع والصلح والقسمة .

- والمعقد المستمر ، (ويسمى ايضا : عقدا زمنيا) هو الذي يكون الزمن عنصرا أساسيا في تنفيذه كالأجرة والإعارة ، لأن استيفاء المنفعة للعقد عليها لا يمكن أن يكون إلا تدريجيا آنا فآنا . ولأنه يقول الفقهاء : إن الأجرة والإعارة هما بمثابة عقود متجددة مع الزمن .

ب - وفي العقود الزمنية المستمرة اذا تم تنفيذها تماما لا يمكن فسخها ، كالأجارة بعد استيفاء كامل المنافع وانقضاء مدة الايجار ، فانها حينئذ لا تقبل الاقالة لأن التراد فيها غير ممكن ، ما دام الزمن عنصرا فيها ، والزمن لا يمكن رده .

ج - وأما العقود المستمرة قبل تمام تنفيذها ، كالأجارة التي مضى من مدتها قسم وبقي قسم ، فانها تقبل الفسخ بالنسبة الى ما بقي من مدتها دون ما مضى . فان ما مضى يجري على حكم العقد ؛ ويكون للمؤجر حصة الزمن الماضي من الاجرة المتفق عليها .

٢/٣٦٣ - يتلخص مما تقدم أن انحلال العقد تكون نتيجته على أحد شكلين :

- فتارة يكون مستندا ، أي ذا أثر رجعي منسحب على الماضي ، فيوجب التراجع فيما نفذ من التزامات العقد .

ففسخ البيع بعد تنفيذه يوجب التراد في المبيع والثمن .

وكذا انفساخه بهلاك المبيع قبل التسليم يوجب رد الثمن المقبوض لأن الثمن فيه يصبح بلا مقابل .

- وتارة يكون الانحلال مقتصرنا ليس له انطاف وأثر رجعي ، وانما يسري حكمه على المستقبل فقط من تاريخ وقوعه . وذلك في العقود الاستمرارية كالشركة والأجارة . فالفسخ أو الانفساخ يقطعان تأثير هذه العقود بالنسبة الى المستقبل . أما ما مضى فيكون على حكم العقد .

وكذا انحلال الوكالة بالزل لا ينقض تصرفات الوكيل السابقة^(١) .

هذا ونرى من المستحسن التمييز في تسمية انحلال العقد بين حالتين :
الاستناد والاقتصار ، فيسمى الحل والانحلال في حالة الاستناد :
فسخا وانفساخا وفي حالة الاقتصار : انتهاء وانتهاء .

٣/٢٦٣ - اذا كان العقد ملزما لجانبين كالبيع والاجارة والصلح
وسائر عقود المعاوضات ، ونكل احد عاقديه أو تخلف عن تنفيذ التزامه
الذي أوجبه عليه العقد ، كما لو امتنع أو تخلف البائع عن تسليم
المبيع ، أو تخلف المشتري عن تسليم الثمن في حينه ، فإن معظم فقهاء

(١) هذا التفصيل الذي رسمناه في استناد أثر الفسخ واقتصاره هو
الذي يعلم بالرجوع الى احكام كل عقد ، إذ يتجمل منها : ان بعض العقود
يكون لفسخه استناد وانعطف ، أي اثر رجعي منسحب على الماضي ينقض
ما تم من احكامه ؛ وبعضها يكون فسخه مقتصرا .

وقد نقلنا آنفا عن ابن نجيم في احكام الفسوخ من كتابه « الاشباه
والنظائر » ان الفسخ « يجعل العقد كأنه لم يكن » ، ونقل تفسير ذلك
عن فريق من العلماء بأنه يجعل العقد كأنه لم يكن بالنسبة الى المستقبل
دون الماضي . فانه لو اعتبر العقد بالفسخ مملوما في الماضي لوجب أن
يعتبر فسخه ايضا مملوما . إذ لا يتصور فسخ الا لعقد موجود ، فاعتبار
عدم العقد في الماضي يستلزم عدم الفسخ الذي لحقه فيعود العقد !!
(ر : « الاشباه وحاشية الحموي » ، ج ٢ ، الفن ٣ ، ص ١٩٥-١٩٦ .

ولكن لا يخفى أن الفقه انما يبنى على المصالح وما تقتضيه دواعيها من
الاعتبارات لا على مثل هذه التوليدات النظرية . وكثيرا ما تفك في بناء
احكامه . اللوازم النظرية المجردة استنادا الى ما توجبه مصلحة التطبيق .

وان هذا الاشكال النظري ، على كل حال ، لا ينالني ما رسمناه من
انسحاب حكم الفسخ في بعض العقود على الماضي من جهة متفق عليها ،
وهي وجوب الترداد فيما تم تنفيذه من التزامات العقد ، كرد المبيع
واسترداد الثمن .

الشريعة الإسلامية في المذهب الحنفي وغيره لا يملطون العاقد غير المتخلف
حقا في فسخ العقد ما دام يمكن إجبار المتخلف على تنفيذ التزامه
عينا بقوة القضاء لأن مهمة القاضي هي إيصال ذوي الحقوق إلى حقوقهم فلا
موجب للفسخ .

ولكن المبادئ والنظريات القانونية تعطي في هذا الحال العاقد
غير المتخلف حقا في طلب فسخ العقد بطريق القضاء إلى جانب حقه
في طلب التنفيذ العيني . فهو بالخيار : أن شاء طلب من القاضي
إجبار العاقد الآخر على التنفيذ ، وأن شاء طلب فسخ العقد والتحلل
من التزاماته ، ورد ما نفذ منها مع طلب تمويض الضرر الذي لحقه من
جراه ذلك .

وحجة علماء القانون في ذلك أن تنفيذ الالتزام العقدي يختلف
فيه مصالح العاقدين بحسب الوقت فقد تفوت مصلحة العاقد في التنفيذ
العيني المتأخر عن وقته ، بسبب تخلف العاقد الآخر أو امتناعه عن
التنفيذ في حينه ، فيجب أن يسوغ لرفيقه المتعاقد معه حق التحلل من
الرابعة العقدية إذا وجد مصلحته في ذلك . ويتضمن ذلك معنى الجزاء
بالنسبة للطرف المتخلف .

ونحن نرى أن النظر القانوني وجيه وأن قواعد الشريعة ومبادئها
الفقهية تتسع له وتقبله ، كما أن بعض المذاهب الأربعة نفسها قد أقره
في بعض العقود صراحة ولم ينغه في سواها .

أ - فمن حيث القواعد والمبادئ الفقهية يشهد لحق الفسخ
الحديث النبوي القائل : « لا ضرر ولا ضرار » (ر : ف / ٤٧ و ٥٨٦)
فإن تنفيذ العقد في غير حينه المتفق عليه بسبب تخلف أحد عاقديه أو
تمرده عن التنفيذ قد يلحق ضررا كبيرا بالصاقد الآخر والضرر منفي

بالنص • والقضاء لا يستطيع إعادة الزمن •

ب - وفي المذاهب يصرح فقهاء المذهب الحنبلي في عقد النكاح أن المرأة إذا شرطت على الرجل في عقد الزواج شرطا صحيحا ملزما فلم ينفذه كان لها حق فسخ الزواج •

قال العلامة موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي في باب الشروط في النكاح من كتابه « المتنع » ما نصه :

« الشروط قسمان : شرط صحيح مثل اشتراط زيادة في المهر او نقد معين او أن لا يخرجها من دارها او بلدها ، او لا يتزوج عليها فهذا صحيح لازم ، أن وفي به ، والا فلها الفسخ » •

فأنت ترى ان معظم هذه الشروط يمكن أن يجبر القاضي الزوج على احترامها وتنفيذها ، ومع ذلك اعطيت المرأة حق الفسخ •

واذا صح اعطاؤها لهذا السبب حق الفسخ في النكاح الذي هو أقل العقود قابلية للفسخ - ولذا لا تجري فيه الأقالة - ففي غير الزواج من العقود المالية المحضة يقبل الفقه هذا الحق بطريق الأولوية •

وجاء أيضا في فصل الخيار السابع من كتاب البيع في « المتنع » لابن قدامة نفسه ما نصه :

« وإن كان الثمن ادينا اجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن ان كان حاضرا • وإن كان - أي الثمن - غائبا بعيدها ، أو كان المشتري مصرا ، فللبائع الفسخ »
الفتح ...

وهناك أيضا نصوص في المذهب المالكي يظهر منها للمتبع ان

اعطاء حق الفسخ لأحد العاقدين عند تخلف العاقد الآخر عن تنفيذ التزامه في حينه ان لم تقبله بعض المذاهب ففي سواها وفي قواعد الشريعة الاسلامية متسع له .

٣٦٤ - الفرق بين انحلال العقد وانقضاء الالتزام :

رأينا في أول نظرية العقود أن العقد أحد المصادر المنشئة للالتزام ، وليس هو الالتزام نفسه ، بل الالتزام أثر له (ر : فـ / ١٣٥) .

ومن ذلك يتضح ان انقضاء الالتزام غير انحلال العقد . والفرق بينهما كالفرق بين زوال المؤثر وانتهاء الأثر . فتقايض التبايعين في البيع والتمن هو انقضاء للالتزام بتنفيذ العقد ، وليس هو انحلالا في العقد ، وهكذا .

وايضاحا لذلك نقول :

ان انحلال العقد يجعل المتعاقدين في حل من الرابطة التي كانت بينهما .

فهذا الانحلال يستلزم انقضاء الالتزامات التي كانت ناشئة بذلك العقد المنحل . ففسخ البيع مثلا ينهي التزام المشتري بدفع الثمن كما ينهي التزام البائع بتسليم المبيع . وهكذا كل عقد تنقضي بانحلاله الالتزامات الناشئة عن انعقاده .

بيد أن هذا الانقضاء للالتزامات السابقة المتولدة من العقد قبل انحلاله لا يمنع نشوء التزامات جديدة تولد من الانحلال :

فانفساخ البيع مثلا اذا وقع بعد التقايض في الموضين يوجب وجبة جديدة هي التراد . فيصبح البائع ملتزما برد الثمن ، والمشتري ملتزما برد المبيع .

وانفساخ الاجارة بمد التقابض في المأجور والاجرة يوجب على المؤجر اعادة الاجرة المسلفة عن المدة الباقية من الاجارة ، كما يوجب على المستأجر اعادة المأجور الى الأجر بمد استعادة باقي الاجرة ؛ لأن بقاء الوضع الحقوقي النائيء بالعقد بين المتعاقدين قد أصبح بلا سبب شرعي بعد انفساخ العقد • فوجب اعادة العاقدين الى حالهما السابقة قبل التعاقد •

٢٦٥ - بناء على ما تقدم بيانه نقول : ان انقضاء الالتزام يكون بأحد طريقتين أساسيين ترجع اليهما جميع صورته ، فهذا الانقضاء يحصل :

- اما بتنفيذ الالتزام ، اذ يصل كل ذي حق الى حقه •

- واما بسقوط عهدة التنفيذ ، لزوال ما أوجبه ؛ كما في انحلال العقد بالنسبة الى الالتزامات العقدية •

فكل انحلال في العقد تنقضي به التزاماته السابقة ، ولا عكس : أي لا يلزم من انقضاء الالتزام انحلال العقد الذي أنشأه ، اذ قد يكون الانقضاء بتنفيذ الالتزام الذي أوجبه العقد ، لا بسقوط العقد الموجب كما تقدم •

التنفيذ الحقيقي والحكمي :

هذا ، وان التنفيذ الذي ينقضي به الالتزام قد يكون :

- اما تنفيذا حقيقيا ، كوفاء الدين ، وكقباض الموضين في عقد المعاوضة من بيع ونحوه •

- واما تنفيذا حكميا ، أي اعتباريا ؛ وذلك بحصول ما يقوم مقام

التنفيذ شرعا ، كما في التقاص ، واتحاد الزمة •

أ - فالتقاص ، أو المقاصة ، (بتشديد الصاد فيهما) ، هو أن يثبت للمدين على الدائن نظير ما للدائن عليه ، فتمتص المطالبة بينهما قضاء لعدم فائدتها ، اذ لو طوّل أحدهما حق له أن يطالب هو الآخر بالمثل • فكأنما كل من الدينين قد قص الآخر أي قطعه (ر : المصباح المنير) •

ومن شرائطها أن يكون الدينان من جنس واحد ، ومستحقّي الأداء في وقت واحد • فلو كان دين أحدهما دنائير ودين الآخر قمحا مثلا ، أو كان دين أحدهما حالا ودين الآخر مؤجلا ، فلا تقاص بينهما •

ب - وأما اتحاد الزمة فهو اجتماع صفتي مدين ودائن في شخص واحد بدين واحد كما لو مات الدائن وكان المدين هو الوارث له • فإن المدين يرث فيما يرثه حق الدائن في ذمته ، فيصبح دائئا لنفسه ، فينقضي الدين باتحاد الزمة •

والفرق بين اتحاد الزمة والمقاصة أن الدين في حالة اتحاد الزمة هو دين واحد ، وقد اجتمعت صفة المدين والدائن به في شخص واحد • أما في المقاصة فدينان متناظران لشخصين كل منهما دائن ومدين •

الفصل الخامس

تقسيم العقود ، وعرضها ، وتصنيفها

٢٦٦ - جرت عادة المؤلفين القانونيين في نظرية العقد أن يبحثوا في تصنيف العقود قبل البحث في الاجكام العامة .
وقد رأينا نحن أن نؤخر بحثنا في تقسيم العقود وتصنيفها الى ختام مباحث الاحكام العامة للعقد ، لكي يكون الطالب قد تزود بالمعلومات الكافية التي تساعد على فهم التقسيم والتصنيف .

الفرع الأول

تقسيم العقود

وعرض اجمالي لموضوعاتها واصطلاحاتها

٢٦٧ - العقود المسماة ، وغير المسماة :

العقود أنواع كثيرة يختلف بعضها عن بعض في الاسماء والاحكام باختلاف موضوعاتها .
والعقد بعد أن تدعو اليه الحاجة ويشيع ، يضع له الناس أو الشارع أو العلماء اسما يميزه عن سواه .

ومن هنا انقسمت العقود الى زميرين :

- **العقود المسماة** ، وهي التي أقر التشريع لها أسماء وأحكاما خاصة^(١) ، ويقال لها أيضا : **عقود معينة** .

- **والعقود غير المسماة** ، وهي التي لم تسم باسم خاص يميزها ، أو لم يرتب لها التشريع أحكاما خاصة بها .

٢٦٨ - فأما العقود المسماة فالشهور الاساسي منها في كتب الفقه خمسة وعشرون عقدا ، تضمنت مجلة الاحكام العدالية ثمانية عشر عقدا منها . وتختلف المجلة في بعض ترتيبها عن كتب الفقه ، كما تختلف الكتب الفقهية نفسها في ترتيبها .

وهذه العقود المسماة ، مما بحثت فيه المجلة أو لم تبحث ، هي :

- (١) البيع (٢) الاجارة (٣) الكفالة (٤) الحوالة
- (٥) الرهن (٦) بيع الوفاء (٧) الايداع (٨) الاعارة
- (٩) الهبة (١٠) القسمة (١١) الشركة (١٢) المضاربة
- (١٣) المزارعة (١٤) المساقاة (١٥) الوكالة (١٦) الصلح
- (١٧) التحكيم (١٨) المخارجة (١٩) القرض (٢٠)
- العمري^(٢) (٢١) . الموالة (٢٢) الاقالة (٢٣) الزواج
- (٢٤) الوصية (٢٥) الايصاء .

(١) ولا يكفي لاعتبار العقد من العقود المسماة أن يكون له اسم اذا لم يقرر له التشريع أحكاما خاصة به .

(٢) - (العمري) يضم فسكون وبالألف المقصورة في آخرها وزان « كبرى ، وصغرى » ، وسينائي تفسيرا في محله (ف/ ٢٨٨) .

والذي ورد منها في المجلة هو العقود السبعة عشر الأولى وعقد
الاقالة فقط . واهملت المجلة البحث عن المخارجة والقرض اهما لا ، مع
أنهما من عقود المعاملات التي تشملها غاية المجلة ؛ أما العقود الخمسة
الباقية فلم تبحث عنها لأنها من الاحوال الشخصية .

وللاحظ أن بعض هذه العقود يشتمل على عقود كثيرة تمتد من
تفاريحه وتذكر في بحثه ؛ كالبيع والشركة مثلا ، فان تحتها أنواعا عديدة
من العقود المختلفة الاسماء تمتد فروعا منها .

وسنعرض فيما يلي هذه العقود المسماة المعروفة في الفقه الاسلامي
عرضا مقتصرا على التعريف بكل منها ، وبيان الاسماء الاصطلاحية
فيه ، وذكر أهم خصائصه الأساسية التي تمنح الطالب فكرة اجمالية
عنه ، متبعين في عرضها هذا الترتيب الذي جرت عليه المجلة فيما ذكرته
منها - الا في عقدين اثنين ، نبع الوفاء والاقالة ، كما سننبه عليه ،
ومشيرين في جانب كل عقد الى مواد المجلة التي يقع بحثه فيها .

٣٦٣ - (١) البيع (المجلة / ١٠١ - ٤٠٣) .

هو عقد يقوم على اساس مبادلة المال بالمال ، فيفيد تبادل الملكيات
على وجه الدوام ، أي بلا توقيت في انتقال الملكيات بهذا التبادل .

وهو رأس عقود المعاوضات المالية ؛ وأحكامه أساس للقياس في كثير
من أحكامها .

وقد استهلت به المجلة العقود المسماة ، وبجئت عنه في ثلاث
وثلاثمائة مادة بعد القواعد الكلية مباشرة من المادة ١٠١ الى ٤٠٣ .

وهذا المقدم يسمى في الاصل « بيعا » و « شراء » بالنسبة الى كل

واحد من طرفيه^(١) .

لكن عرف الناس والفقهاء على تخصيص لفظي « البيع » و« البائع » بجانب باذل السلعة التي تتعلق بها حاجة الانتفاع والاستعمال ، وتخصيص لفظي « الشراء » و« المشتري » بجانب باذل الموضع المالي الآخر الذي يسمى أيضا : « مشتريا لامتاعا » .

والسلعة أو الشيء الذي هو محل البيع يسمى : « مبيعا » . والموضع المالي الآخر المتفق عليه وبذله المشتري في مقابل امتلاك المبيع يسمى : « ثمننا » (بفتحين) . وهذا يكون في الغالب من النقود .

وتحت عقد البيع أنواع فرعية كثيرة ، كالسلم أو السلف (يفتحين فيهما) ، وكالقبضة ، والصرف ، والاستصناع ، وبيع الأمانة (المراجعة ، والتولية ، والوضعية)^(٢) ، وبيع الوفاء .

فكل هذه العقود يمدونها فروعا خاصة لعقد البيع ، ويذكر كل منها غالبا في فصل خاص ضمن كتاب البيوع تعالج فيه أحكامه .

وقد ذكرت المجلة ثلاثة من هذه الأنواع الفرعية في آخر كتاب

(١) بما أن كلا الطرفين في وضعين متماثلين من حيث المبادلة والمعاوضة ، لذلك كان لفظ « البيع » معدودا من أسماء الأضداد ؛ وكذا لفظ « الشراء » فيسمى كل من طرفي عقده في أصل اللغة بائعا وشاريا ، فيقع باع البضاعة ، أو شراها ، إذا عقد على تسليمها أو تملكها أو بيعها بموضع . (ر : المصباح المنير) .

وفي القرآن العظيم حكاية عن يوسف عليه السلام : « وشروه بثمن بخس دراهم معدودة وكانوا فيه من الزاهدين » - أي باعوه .

(٢) انظر ما تقدم عن بيع « الأمانة » في بحث غيوب الرضى (ف/١٨٧) .

اليوع ، وهي : بيع السلم ، والاستصناع ، وبيع الوفاء^(١) .

غير أننا نرى أن بيع الوفاء يجب أن يعد عقدا مستقلا ولا ينبغي أن يعتبر من فروع البيع ، لأنه عقد مستحدث مزيج من بيع ورهن .
فستفرد بالذكر بعد الرهن لأنه أقرب إليه في خصائصه كما سنرى .

• ٢٧ - (٢) - الاجارة : (المجلد / ٤٠٤ - ٦١١) •

وهي عقد موضوعه المبادلة على منفعة الشيء مدة محدودة ، أي تملكها بموض • فهي بيع المنافع •

فالملك الذي يبيع منافع ملكه يسمى : مؤجرا • والطرف الآخر يسمى : مستاجرا • والشيء المقود على منفعة يسمى : مأجورا •
والبدل المترزم أدائه لقاء المنفعة يسمى : اجرا واجرة (بفتح الهمزة في الاول وضمها في الثاني) •

وانظر المقارنة بين الاجارة والاعارة فيما سيأتي (ف/ ٢٨٦) •

• ٢٧١ - (٣) - الكفالة : (المجلد / ٦١٢ - ٦٧٢) •

ويعرفونها بأنها : « ضم ذمة الى ذمة في المطالبة » •

أي : انها عقد يتضمن التزام شخص بحق واجب على غيره ،

(١) ذكرت المجلة أيضا بين هذه الانواع الفرعية « بيع المريض » ، وكذلك فعل قانوننا المدني •

لكنني ارى ان محله المناسف في مبحث شرائط البيع ، لان التوعية في العقد انما تختلف باختلاف في نوع موضوعه ، او طريقته لا بنقص أهلية الصاقد •

واشرك نفسه معه في المسؤولية به تجاه الطالب •

فالملتزم الجديد : كفيل • والملتزم الاصلي : مكفول ، أو مكفول عنه •
والطالب الملتزم له : مكفول له • والملتزم به أو محل الطلب : مكفول به •

وهذه الكفالة أنواع متميزة في بعض الاحكام بحسب اختلاف موضوعها :

أ - فقد يكون موضوعها التزاما ماليا ؛ وهذه تسمى :
كفالة بالمال •

ب - وقد يكون موضوعها التزام الكفيل باحضار الشخص المسؤول الاصلي بالحق ؛ وهذه تسمى : كفالة بالنفس •

ثم ان الكفالة بالمال ثلاثة أنواع :

١ - فقد تكون الزاماً بأداء دين في ذمة الغير ، وتسمى :
كفالة بالدين •

٢ - وقد تكون بتسليم عين مينة موجودة في يد الغير ، كرد المنصوب الى الفاسد ، وتسليم المبيع الى المشتري ، وتسمى :
كفالة بالعين ، او كفالة بالتسليم •

٣ - وقد يكون موضوعها ضمانا لخلوص المال المبيع من كل حق لغير البائع ، أي ضمانا لحقوق المشتري تجاه البائع اذا ظهر للمبيع مستحق ، كما لو تبين أن المبيع مملوك لغير البائع أو مرهون •

وهذا النوع الاخير يسمى : كفالة بالدرك (بفتحين) ، أي بما يدرك المال المبيع ويلحق به من خطر بسبب سابق على البيع •

ولما كانت الكفالة تقوم على أساس اشتراك الكفيل وتضامنه مع المكفول عنه في المسؤولية ، لا على أساس نقل هذه المسؤولية من عهدة الاصيل الى الكفيل ، كان للمطالب المكفول له أن يطالب بحقه من يشاء من الاصيل أو الكفيل أو كليهما معا •

على أن الكفالة بالنفس فقط ليس لها من نتيجة مالية ، وانما نتيجتها اجبار الكفيل بقوة القضاء على احضار المسؤول الاصيل •

ولكن تعليق المسؤولية بالمال على عدم تنفيذ الكفالة بالنفس يجعلها كفالة بالمال أيضا ، كما لو قال : ان لم أحضر لك المدين في الوقت الفلاني فاعطني ما عليه ، فانه يكون كفيلًا بالمدين الذي عليه ان لم يحضره في الموعد المضروب • (المجلة ٦٤٢ و ٦٥١) •

٢٧٢ - ٤ - الحوالة : (م / ٦٨٣ - ٧٠٠) •

وهي عقد موضوعه : نقل المسؤولية بالمدين عن المدين الاصيل الى غيره •

للمدين : محيل • والدائن : محال • والشخص الثالث الذي التزم الدفع عن المدين : محال عليه • والمدين الذي هو محل الحوالة : محال به •

وفي الحوالة ينحصر حق الدائن بمطالبة المحال عليه الذي يصحح هو المكلف باداء الدين المحال به • وبهذا يتجلى في الحوالة نقل المسؤولية بالمدين • وبهذا النقل تفرق عن الكفالة التي تقوم على أساس ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل توثيقا ، فيطالب فيها الدائن كلا من الكفيل والاصيل المكفول عنه كما تقدم آنفا •

٢٧٣ - ٥ - الرهن : (المجلة / ٧٠١ - ٧٦١) .

وهو عقد موضوعه احتباس مال لقاء حق يمكن استيفاؤه منه .
فصاحب الحق ، أو الدائن آخذ الرهن ، هو المرتهن . ومعطي
الرهن ، أي الشخص المدين ، هو : **الراهن** .

• وغاية الرهن توثيقية كالكفالة ، لكنه أقوى توثيقاً منها ، لأنه
يؤتي الاستيفاء باحتجاز مال يضمه المدين الراهن تحت يد المرتهن ؛
فيكون للراهن امتياز في استيفاء حقه منه . فلو أفلس المدين وليس له مال
سوى المرهون فليس لبقية الدائنين مزاحمة المرتهن في المرهون ،
بل يكون للدائن المرتهن التقدم عليهم في استيفاء دينه منه . فإن زاد شيء
من قيمته عن حق المرتهن يدفع اليهم فيقسمونه بنسبة ديونهم . بخلاف
الكفالة ، فانها توثيق ذمة بذمة في المسؤولية ؛ فاذا أفلس كل من المكفول
والكفيل لم يبق فيها ضمان مادي للتحويل .

٢٧٤ - بيع الوفاء : (المجلة / ١١٨ - ١١٩ و / ٣٩٦ - ٤٠٣)
وهو عقد توثيقي في صورة بيع على أساس احتفاظ الطرفين بحق
التردد في البعوضين .

فهو عقد مزيج من بيع ورهن : لكن أحكام الرهن فيه هي الغالبة :

أ - ففيه من معنى البيع أحكام أهمها ان المشتري بالوفاء يملك
بمقتضى العقد منافع الشيء المبيع وفاء ، فله أن يتنفع به بنفسه ، وأن يستغله
بإيجازه للبايع ذاته أو لغيره . بخلاف الرهن فإنه يقتضي باحتباس المال
المرهون عن كل تصرف ، فلو أوجر برضى المرتهن بطل الرهن ، لزوال
الاحتباس الضامن لتوثيق الدين .

ب - وفيه من معنى الرهن الاحكام التالية :

١ - أن المشتري لا يملك حق استهلاك المبيع ، ولا نقل ملكيته الى أحد بموض ولا بغير عوض ، ولا أن يرهنه ، ولا أن ينشئ عليه حقا عينيا لآخر ، بل يجب عليه حفظه وصيافته .

٢ - أن المشتري ملزم برد المبيع بالوفاء الى البائع متى رد هذا اليه الثمن . وهذا معنى « الوفاء » في تسميته ، كما أن للمشتري متى شاء أن يطالب باسترداد الثمن وإعادة المبيع كما يطالب كل دائن بدينه .

٣ - ان المقار المبيع وفاء لا يؤخذ بالشفعة لانه عرضة للرد الى بائنه .

٤ - اذا احتاج المبيع وفاء الى النفقة والترميم فنفتحه على بائنه ، لانه باق على ملكه .

٥ - ان المبيع في يد المشتري مضمون عليه ضمان الرهن . أي انه اذا هلك في يده يضمن من قيمته بمقدار الثمن المدفوع ، كما يضمن المرتهن من قيمة الرهن الهالك بمقدار مبلغ الدين المرهون فيه فقط . ويجري التقاس بينهما على هذا الاساس :

- فاذا كانت قيمة المبيع وفاء مساوية للثمن المدفوع فيه سقطت بهلاكه عهدة رد الثمن عن البائع ، ولا رجوع للمشتري عليه بشيء .

- واذا كانت قيمته أقل من الثمن سقط من الثمن قيمة المبيع ، ورجع المشتري على البائع بالباقي .

- واذا كانت قيمته أكثر من الثمن المدفوع ، وهذا هو الاغلب

عادة ، كان الزائد أمانة غير مضمونة على المشتري : فيسقط رد الثمن المقبوض عن عهدة البائع بسبب هلاك ما يقابله من المبيع وفاء عند المشتري ، وليس بمد ذلك للبائع أن يلاحق المشتري بالزائد من قيمة المبيع ، الا اذا كان هلاكه بتعدي المشتري عليه أو تقصيره في حفظه .

٦ - ان البائع بالوفاء اذا لم يرد الثمن ويسترد مبيع يحق للمشتري أن يطلب من القاضي بيمه عليه . فيبيعه القاضي على حساب البائع ، ويوفي من ثمنه الجديد حق المشتري بالوفاء ، أي ثمنه القديم ، وان زاد منه شيء فللبائع ، وان نقص ثمنه الجديد عن القديم يكون البائع بالوفاء مسؤولاً بالباقي .

فيظهر من هذا أن المبيع والثمن في بيع الوفاء لهما حكم المهرين والدين المهرين فيه ، لا حكم المبيع والثمن حقيقة .

وانما احتيج الى هذا العقد ولم يفي الرهن عنه ، لان الرهن لا يفيد المرتهن حق الانتفاع به أو ايجاره في مقابل الدين ، واذا اذن المدين الراهن للمرتهن بالانتفاع فله أن يرجع عن هذا الاذن شرباً ، فاستحدثوا بيع الوفاء ليدخلوا به من احكام البيع على أحكام الرهن حق الانتفاع للمرتهن بمقتضى العقد ، لان الناس أمسكوا أموالهم عن اقراضها بلا منفعة ، فتعروف هذا العقد في صورة شراء وانتفاع ، وفي مضى رهن ، ليكون فيه للناس مندوحة عن الالتجاء الى المراباة .

وقد قدما فيما سلف بيان منشئه ، فلينظر (ف / ٨٠ / الحاشية) .

وهذا العقد إنما يجري على القمار ، واختلف اجتهاد الفقهاء في جريانه على النقول .

ومن ثم يتضح أن بيع الوفاء يجب أن يعتبر عقداً مستقلاً لا فرعاً

من فروع البيع ، وأن يذكر في ترتيب العقود المسماة عقب الرهن ،
لأن فهمه يتوقف على فهم أحكام البيع وأحكام الرهن معاً^(١) .

(١) كانت النصوص القانونية المعمول عليها لدينا في أحكام بيع الوفاء
هي المواد / ٩١ - ١٠٠ / من قانون الملكية المقارية ذي الرقم / ٣٣٣٩ / .
وقد نصت المادة / ٩٥ / منه على أن منافع العقار المبيع بالوفاء تكون بمقتضى
العقد للبائع لا للمشتري ، ويكون المشتري مسؤولاً وضامناً لكل ما يستفيدة
من ثمرات ومنافع المبيع ، فتطرح قيمتها من أصل الدين ، إلا إذا اشترط
الطرفان خلاف ذلك .

وبذلك لم يبق فرق يذكر بين رهن العقار وببینه ووفاء في أحكام هذا
القانون فيصبح ذكر بيع الوفاء فيه عبثاً وتكراراً محضاً لأحكام الرهن فيه
باسم جديد .

وهذا من جهل واضعي القانون بسبني الفرق بين الرهن وبيع الوفاء ،
بحسب منشأ هذا العقد . فإن بيع الوفاء إنما تستحدث إلى جانب
الرهن على أساس أن يستحق المشتري فيه منافع المبيع بمقتضى العقد ،
على خلاف حكم الرهن ، كما أوضحناه .

ولعل خطأ واضعي هذا القانون من هذه الناحية ناشئ عما يوحى به
ظاهرة المادة / ٣٩٨ / من المجلة ، إذ تقول إنه :

« إذا اشترط في بيع الوفاء أن يكون ثمنه من منافع
المبيع للمشتري صحت ذلك » .

فإن ظاهرها يوحى أن المشتري لا يستحق منافع المبيع وفاء إلا
بالشرط .

لكنها يجب أن تفهم بأنه إذا اشترط للمشتري بالوفاء جزء فقط من
منافع المبيع ينحصر حقه في الشروط ، أما إذا لم يشرط في العقد شيء
فالمنافع كلها للمشتري بمقتضى العقد . وذلك بدلالة المادة / ١١٨ / من
المجلة نفسها . فقد صرحنا هذه المادة أن بيع الوفاء إنما يشبه البيع
الصحيح ويفترق عن الرهن من جهة أن المشتري وفاء يملك منافع المبيع ،
وهو الحكم الذي قرره الفقهاء في بيع الوفاء .

وهذا ما حققه والذي الشيخ أحمد الزوقاء رحمه الله تعالى في شرحه
المخطوط على القواعد الكلية من المجلة .

وهو عقد موضوعه استعانة الانسان بشيء في حفظ ماله .

فصاحب المال : مودع « بكسر الدال » . والعاقد الآخر المؤمن
على المال الذي تمهد بحفظه : وديع . والمال المدفوع للحفظ : وديعة .

وقد يطلقون « الوديعة » على معنى عقد الايداع نفسه .

ومال الوديعة في يد الوديع يعتبر امانة ، والوديع امين .

ومعنى كونه أمانة في اصطلاح فقهاء الشريعة أنه لا يكون الامين
ضامنا له ، أي انه غير مسؤول بماله عما يصيبه من التلف فما دونه بأقّة
سماوية . وانما يكون الامين ضامنا للإمانة اذا تعدى عليها أو قصر في
حفظها حتى تلفت أو تميّت .

وعقد الايداع يعتبر رأس عقود الامانات ، فانه المقصد الوحيد
الذي موضوعه ومقصده المباشرة انما هو الائتمان على الحفظ ، بخلاف
المقود الاخرى التي يكون المال فيها بيد العاقد أمانة أيضا ، فان لكل
عقد منها موضوعا آخر هو مقصدها المباشر غير مجرد الائتمان ، كالأجارة
والاعارة والشركة .

وتفصيل النظر الفقهي في بيع الوفاء وأحكامه ، علاوة على ما ورد
منه في المجلد ، يرى في « الدرر شرح الضرر » ، وفي « رد المحتار » وفي
« الفتاوى البزيفية » وآخر كتب البيوع ، وفي الفصل / ١٨ / من « جامع
الفصولين » وهو مؤلفاها بحثا .

وأخيرا جاء القانون المدني سنة ١٩٤٩ م ، فجمع بيع الوفاء ، واعتبره
باطلا ، استغناء عنه بالرهن (و : ق م / ٤٣٣) .

٢٧٦ - ٨ - الاعارة : (المجلة / ٨٠٤ - ٨٣٢)

وهي عقد يرد على التبرع بمنافع الشيء لاستعماله ورده ، وفيه
تمليك المنفعة مجاناً بلا عوض •

فصاحب الشيء : معير • وآخذه لاستعماله : مستعير • والشيء
الذي هو محل العقد : عارية (بتشديد الياء) •

وقد يطلقون « العارية » على معنى عقد الاعارة نفسه •

وعقد الاعارة يقابل الاجارة التي تقوم على أساس تملك المنفعة
بعوض : ففي الاجارة بيع للمنافع ، وفي الاعارة تبرع بها ، وانما الفارق
هو العوض وعدمه •

ومن ثم وجب في الاجارة تحديد مدة الانتفاع ، لان مقدار المنافع
المقابل للاجرة انما يحدده الزمن بخلاف الاعارة فانها ، وان كان
التوقيت ملحوظا فيها لا يبتناها على أساس الرد ، لا يجب تحديد المدة
في عقدها ، بل يصح فيها اطلاق الوقت والسكوت عنه ، لانها تبرع
بالمنفعة يستطيع المعير الرجوع عنه متى شاء ، وليس فيه التزام بعوض
يحتاج الى تحديد مقابله من المنافع بالوحدات الزمانية •

٢٧٧ - ٩ - الهبة : (المجلة / ٨٣٣ - ٨٨٠)

وهي عقد موضوعه تملك الانسان ماله لغيره مجاناً بلا عوض •

فمطلي المال : واهب • وقابله : موهوب له • والمال محل
العقد موهوب •

والهبة تقابل البيع من حيث أن كليهما يرد على تملك الاعيان المالية •

لكن البيع تمليك ب عوض ، والهبة تبرع بلا عوض ، كما تقابل الاعارة
الاجارة في تمليك المنافع مجاناً أو بموض .

ومن ثم كانت الهبة والاعارة من العقود العينية التي لا تتم الا
بالتسليم لانهما تبرع غير ملزم ، وانما يأخذ حكمه بالتنفيذ ، كما تقدم
في بحث العقود العينية (ف/ ١٦٣) .

٢٧٨ - ١٠ - عقد القسمة . (المجلد / ١١١٤ - ١١٩١) .

القسمة هي : افراز الحصص الشائعة في الملك المشترك ، وتخصيص
كل منها بجزء معين منه .

وعملية القسمة فيها عنصران :

- عنصر افراز من جهة ،

- وعنصر مبادلة وبيع ، من جهة أخرى ،

وذلك لان الملك الشائع في الشيء المشترك تعتبر كل ذرة منه
مشتركة في الاصل (ر : ف/ ١١٤) .

فلو كان الشيء مشتركا مناصفة مثلا فقسم نصفين ، يكون كل
شريك انما يملك في الواقع نصف النصف الذي عين له فقط ، وباقيه
لشريكه الآخر . فيعتبر كل منهما آخذاً في قسمه المعين ما يخصه من
الاجزاء بطريق الافراز ، وآخذاً للباقي بطريق المبادلة على ما يخصه في
قسم شريكه .

والقسمة تكون تارة وهائية باتفاق الشركاء ؛ وتارة قضائية
يجريها القضاء بطلب بعض الشركاء جبراً على باقيهم .

فالقسمة التي تمت عقدا من العقود الصريحة ، انما هي القسمة
الرضائية .

أما القضائية فليست عقدا صريحا ، بل هي ازالة للشعور بطريق
القضاء ، ولكن يعتبر فيها عقد ضمني مقدر اقتضاء في عمل السلطة
القضائية ، كما تقدم في نظرية الملكية (ر : ف / ١٠٥) .

٢٧٩ - ١١ - عقد الشركة : (المجلة / ١٣٢٩ - ١٤٠٣) .

وهو عقد بين شخصين فأكثر على التعاون في عمل اكتسابي ،
واقسام أربعة .

والشركة في ذاتها قد تكون شركة في ملك مشترك بين عدة أشخاص
ناشئة عن سبب طبيعي كالارث مثلا ، وقد تكون شركة تعقد بان
يتعاقد جماعة على القيام بعمل استثماري يساعدون فيه بالمال أو بالعمل ،
ويشتركون في نتائجه .

فشركة الملك هي من قبيل الملك الشائع وليست من العقود ، وان
كان سببها قد يكون عقدا ، كما لو اشترى شخصان شيئا ، فانه يكون
مشتركا بينهما شركة ملك ، ولكن ليس بينهما عقد على استغلاله واستثماره
بتجارة أو اجارة ونحو ذلك من وسائل الاسترباح كما تقدم بيانه في نظرية
الملكية (ر : ف / ١١٦) .

وأما شركة المقد التي غايتها الاستثمار والاسترباح فهي المقصودة
هنا والمعدودة من أصناف العقود المسماة .

٢٨ - ١٢ - المضاربة : (المجلة / ١٤٠٤ - ١٤٣٠) .

وهي نوع من شركة العقد يتفق فيها على أن يكون رأس المال من

جانب ، والعمل على استثماره من الجانب الآخر ، والربح مشترك •

فصاحب رأس المال يسمى : رب المال ، ، والعامل فيه : مضارب •

ويسمى عقد المضاربة أيضا : قراضا ، (بكسر القاف) ، يقال :
قارضه ، وضاربه ، اذا دفع اليه المال ليمثل فيه ، والربح مشترك بنسبة
معيّنة يتفقان عليها •

لكن شاع لفظ « المضاربة » في اصطلاح فقهاء الحنفية ، ولفظ
« القراض » في اصطلاح فقهاء الشافعية •

٢٨١ - ١٣ - المزارعة : (المجلة / ١٤٣١ - ١٤٤٠) •
وهي نوع شركة زراعية على استثمار الأرض ، يتقافد فيها الطرفان
على أن تكون الأرض من أحدهما والمعمل من الآخر ، والمحصول
الزراعي مشترك بينهما بنسبة يتفق عليها •

والعامل في الأرض بالمزارعة يسمى : مزاععا • والطرف الآخر :
رب الأرض •

٢٨٢ - ١٤ - المساقاة : (المجلة / ١٤٤١ - ١٤٤٨) •

وهي أيضا نوع شركة زراعية على استثمار الشجر ، يكون فيها
الشجر من طرف ، والمعمل في الشجر بتربيته وخدمته وسقيه من الطرف
الآخر ، والثمرة الحاصلة مشتركة بنسبة متفق عليها •

فالعامل هو : المساقمي • والطرف الآخر : رب الشجر •

٢٨٣ - ١٥ - الوكالة : (المجلة / ١٤٤٩ - ١٥٣٠) •

وهي عقد تفويض ينوب فيه شخص شخصا آخر عن نفسه في

التصرف • فالمستتب : موكل • والمستتاب وكيل • : ومحل الوكالة ،
وهو الامر المستتاب فيه : موكل به •

وحقيقة التوكيل من قبيل اطلاق الصلاحية ؛ فان كل انسان في الاصل
محبس عن أن يتصرف فيما يعود لغيره ، ولو تصرف كان فضوليا
لا ينفذ تصرفه ولا يسري حكمه على صاحب الحق المختص الا اذا أجاز له
هذا الاخير •

فبالتوكيل يطلق الانسان لغيره سلطة التصرف عن نفسه ويستعين به ،
لان الانسان قد يمجز عن أن يقوم بجميع شؤونه وأعماله •

فهذا الاطلاق والصلاحية المستمدة من الموكل يصبح تصرف الوكيل
فيما وكل به نافذا على الموكل ، كما لو باشره الموكل بنفسه •

وهذه نقطة الفرق بين الوكيل والفضولي •

لكن بعد صدور التصرف من الفضولي لو رضيه واجازه صاحب
حق التصرف تكون هذه الاجازة اللاحقة كوكالة سابقة (أي يثبت حكمها
مستندا بامر رجعي) ، فينفذ عندئذ تصرف الفضولي من تاريخ صدوره
كما لو كان وكلا حين التصرف (ر : ف ٥/١٩٤) •

والوكالة قد تكون عامة في كل أمر يقبل الانابة ، فيقوم فيها
الوكيل مقام الاصل في كل تصرف • وقد تكون خاصة في أوامر أو أمور
مخصصة ، من بيع أو شراء أو نكاح أو طلاق أو خصومة أو صلح
أو صرف أو قبض الخ ... فتقتصر عندئذ صلاحية الوكيل وتقتيد
بما حدده له الموكل ؛ فيكون فيما وراءه فضوليا لان سلطته مستمدة
من موكله •

وهو عقد يتفق فيه المتنازعان في حق على ما يرتفع به النزاع بينهما •

فكل واحد من عاقدَي الصلح : مصالح • والحق المتنازع فيه :
مصالح عنه • وما يؤديه أحدهما أو يلتزم به لخصمه قطعاً للنزاع :
مصالح عليه ؛ ويسمى أيضاً : بدل الصلح •

وعقد الصلح ليس لموضوع معين يميزه بطبيعة وقابلية خاصة ،
لأنه يجري في كل نزاع ، غير أنه يتضمن عادة تنازل المدعي عن بعض
مطلوبه • فلذا لا يقبل من الولي أو الوصي أو المتولي صلح عن حق
عائد لصغير أو لقاصر أو لوقف ، على بدل أقل من قيمة هذه الحقوق ،
لأنه لا يجوز للقائمين على إدارة أموال القاصرين والأوقاف أن يتبرعوا
بشيء من أموال هؤلاء أو يتنازلوا عن شيء من حقوقهم ، إلا إذا كان
الخصم جاحداً ومستعداً لحلف اليمين وليس لدى الوصي أو الولي
أو المتولي بينة يثبت بها الحق المتنازع فيه • فتسوغ لهم إذ ذاك مصالحته
الخصم ، لأن الصلح حيثذ ربح • (ر : المجلد / ١٥٣٩ - ١٥٤٠) (١) •

ولما لم يكن لعقد الصلح موضوع معين قرر الفقهاء أن الصلح
يعتبر بأقرب العقود إليه بحسب الشكل الذي يقع عليه •

فالصلح عن مال بمال يعتبر في حكم البيع • والصلح عن مال بمنفعة
يعتبر في حكم الإجارة ، كما لو كان محل النزاع مالا مميّناً ، فصالحاً على
أن يتركه أحدهما للآخر لقاء سكنى داره شهراً مثلاً ، والصلح في

(١) انظر ما تقدم في كتاب عمر بن الخطاب الى ابي موسى الاشعري
(رض) في القضاء ، من قوله : « الصلح جائز الا صلحاً أحل حراماً او
حرم حلالاً » (ر : ف / ١٠ ج) •

دعوى الدين على أن يأخذ المدعي جانباً منه فقط ويشرك دعواه ، يعتبر
أخذنا لبعض الحق وإبراء عن الحق الباقي •

وثمره ذلك أن تجري في الصلح أحكام المقد الذي اعتبر به من بيع
أو اجارة أو غيرهما (ر : المجلة / ١٥٤٨ - ١٥٦٠) •

٢٨٥ - ١٧ - التحكيم : (المجلة / ١٨٤١ - ١٨٥١) •

وهو عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا آخر
حاكما بينهما لفصل خصومتها • وقد يكون بين أكثر من طرفين •

فكل من الطرفين المتنازعين : معتكم • والشخص الذي اختارا
تحكيمه : حكم • بفتحين • ، أو معكم • بتثديد الكاف المفتوحة • •

ويفترق المحكم عن القاضي الرسمي بأمور هامة منها أن سلطة
القاضي وصلاحيته عامة على سائر الناس في منطقة قضائه • أما سلطة
المحكم فمقصورة على المحكمن اليه ، لانه في الاصل ليس منصوبا
للقضاء من مرجع له سلطة الالزام العام ، وانما جعل حاكما بإرادة من
اختاروه ، فلا ينفذ حكمه الا في حقهم وفي الحدود التي قيده به
المجلة / ١٨٤٢ • •

وقد قلنا أن التحكيم عقد غير لازم قبل صدور الحكم ، فلكل
من المحكمن قسبح التحكيم وعزل المحكم ، ما لم يصدر حكمه •
(ر : ف / ٢٠٠) •

٢٨٦ - ١٨ - المغارحة أو التغارح :

وهي عقد يبيع فيه احد الورثة حصته من تركة مورثة المتوفى
فيخرج منها ويحل محله مشتريها •

يقال : تخارج الورثة اذا خارج بعضهم بعضا • فدافع المال الذي سيحل في المخارجه محل الوارث في حقه الارثي هو مغاوج : (بصفة الفاعل) • والوارث الذي أخذ البديل وخرج من التركة : مغاوج : (بصفة المفعول) •

فاذا كان بدل المخارجه مدفوعا من التركة نفسها استحق الورثة المخارجون نصيب المخارج بنسبة سهامهم في التركة •

واذا كان البديل مدفوعا من أموالهم الاخرى الخاصة يكون نصيبه الارثي بينهم بنسبة ما دفع كل منهم •

وقد تجري المخارجه بين وارث واجنبي عن التركة ، فتكون بمنزلة بيع الوارث حصته الارثية لذلك الاجنبي ، فيحل هذا الاخير محله في نصيبه الارثي بين بقية الورثة •

والمجلة لم تبحث عن المخارجه مع انها عقد مدني محض وان كان متعلقا بحق ارثي من حقوق الاحوال الشخصية المخارجه عن موضوع المجلة •

والفقهاء يفردها بفصل خاص من كتاب الصلح ، لانها في الغالب تقع صلحا بين ورثة متنازعين • ولكن الايق بها كتاب البيع ، لان حقيقتها بيع ، وكثيرا ما تجري بين الورثة دون ان يسبقها نزاع بينهم • (ر : رد المحتار ٤/٤٨١ - ٤٨٣) •

٢٨٧ - ١٩ - القرض :

وهو عقد موضوعه أن يأخذ أحد المتعاقدين من الآخر مالا متلبا استهلاكيا كالنقود ، والزيت ، والقمح ، على أن يرد اليه مثله

فيما بعد^(١) .

فدافع المال : مقرض (يضم فسكون) والأخذ : مستقرض
ومقرض : والمال المدفوع : قرض (بفتح فسكون) ، ومقرض
(بصيغة المفعول) .

والقرض فيه معنى عقدين اثنين :

- معنى الاعارة ابتداء ، لان فيه تبرعا باعطاء مال على أساس رده
الى مطيعه .

- ومعنى الماوضة والبيع ؛ لان المال لا يؤخذ فيه على أساس
استعماله والاحتفاظ به ، واعادته بذاته ، كما في العارية ، وانما يؤخذ
على سبيل استهلاكه في حاجة المقرض ، ثم تأدية عوض عنه من مثله
الى المقرض . فتمت قبضه يملكه ويصبح الموضع المقابل دينا عليه ثابتا
في ذمته .

ففي القرض من هذه الجهة مبادلة وماوضة ، وهو معنى البيع .

ولذلك لو استغنى المقرض عما اقترضه قبل استهلاكه ، لا يكون
ملزما باعادته عينيا ولو أنه قاسم في يده ، بل له أن يمسكه لديه
ويرد مثله .

(١) يقال في اللغة : استقرض فلان من فلان ، اذا طلب قرضا ؛
واقترض اذا اخذ قرضا ، واقترض فلان فلانا اذا اعطاه قرضا . ولا يقال
بهذا المعنى : قرضه قرضا ، من الفعل الثلاثي المجرد بل : اقرضه اقرضا ،
بزيادة الهمزة ، وانما يستعمل الفعل الثلاثي المجرد بمعنى القطع ، فيقال :
قرضت الثوب ونحوه ، اذا قطعت به القراضين ، وهما القص (ر : المصباح
النيير ، وإقاموس المحيط) .

وعن هذا كان القبض في القرض قبض ضمان لا قبض حفظ وأمانة .
فبمجرد تسليم المقرض المال بيده مباشرة أو بيد وكيله بالقبض أو
رسوله يصبح المال المقبوض مضمونا على المقرض ، أي ان كل آفة
تصيب هذا المال بعد ذلك ، من هلاك فما دونه ، انما تكون على مسؤوليته
وحسابه كمسؤولية المشتري بعد تسليمه المبيع .

ومن ثم يفترق القرض عن العارية التي تبقى على ملك صاحبها المعير
أمانة في يد المستعير لا يضمنها الا بتعديه عليها أو بتقصيره في
حفظها^(١) .

هنا ، وان المجلة لم تبحث عن عقد القرض ، وقد كان عليها أن
لا تهمله كما سلفت الإشارة اليه . وبعض الفقهاء يذكرونه في فصل فرعي
من كتاب البيوع .

(ر : فصل القرض في الدر المختار ورد المحتار ٤ / ١٧١ - ١٧٦) .

٢٨٨ - ٢٠ - العمري (٢) :

وهي نوع من الهبة متباد عند العرب ، بان يقول الشخص لآخر :

(١) في الفقه الافرنسي يعتبر القرض نوعا من العارية ، فيجعلون
العارية نوعين :

- عارية الاستعمال (Prêt à usage) ، وهي العارية المعروفة لدينا .
في فقهاء الاسلامي .

وغوارق الاحكام بين النوعين في القانون الفرنسي مماثلة لما بيناهما
قرويه فقهاؤنا .

- عارية الاستهلاك (Prêt de consommation) وهي القرض
(ر : والود ، « Précis de droit civil » ج ٣ ف / ٧٣١) .

(٢) يضم للمعين المعلقة وبالألف المقصورة : وزان (حنفي وركبري) .

أعمرتك هذا الشيء أو هذه الدار ، أو هي لك عمري (أي على سبيل
العمري) • ومنه أنه للمقول له مدى عمره ، فإن مات عادت
إلى القاتل •

ويسمى القاتل : معمرًا (بضم فسكون ، وبكسر الميم على صيغة
الفاعل) • والمقول له : معمرًا له (على صيغة المفعول) •

وقد اعتبر النبي عليه السلام فكرة الاسترداد بعد وفاة المعمر له
باطلة ، فأثبت في العمري ملك المين الدائم للمعمر له ، ثم من بعده لورثته
كما تقدمت الإشارة إليه • (ر : ف / ١٢١) •

٢٨٩ - ٢١ - عقد المولاة :

وهي عقد بين شخصين أحدهما ليس له وارث نسبي ، فيقول للآخر :
أنت مولاي ، أو أنت وليي ، ترثني إذا مت ، وتمقل عني إذا جنيت •
ومعنى « تمقل عني » : تدفع عني الدية الشرعية إذا وقع مني
جناية خطأ من قتل فما دونه •

فبهذا التعاقد يثبت هذا الولاء بين المتعاقدين : فيلتزم القابل بالوجبة
المالية لجناية الخطأ إذا وقعت من القاتل ، كما يستحق تركته كلها إرثاً
بمقتضى هذا العقد إن مات ، إلا إذا كان له زوج ، فيستحق القابل باقي
التركة بعد ميراث أحد الزوجين ، بحسب كون القاتل رجلاً أو امرأة •
ويشترط في ذلك بعض شرائط معينة في محلها من كتاب الفرائض
وكتاب الولاء في المؤلفات الفقهية • وهذا القابل الذي يرث في مقابل
تعهد ضمان جناية الخطأ يسمى : مولى المولاة •

ملاحظة هامة

مقارنة بين عقد الموالاة وعقد التأمين اليوم (السوكرة) :

٢٨٩/٢ - ان عقد الموالاة ، كما يبدو للمتأمل ؟ يصلح أساسا قويا ومستندا قياسيا لصحة عقد التأمين (السوكرة) الشائع اليوم في المعاملات التجارية ، والذي موضوعه وغايته التمويض عن الاضرار التي تلحق البضائع والاشياء (باسباب لا يد للمتضرر صاحب هذه الاشياء في احداثها) بأن تدفع الشركة المؤمن لديها تمويضا يتفق عليه عن الاضرار المعينة النوع في العقد اذا وقعت ، في مقابل أن يدفع صاحب المال الى شركة التأمين مبلغا ضئيلا .

واليوم يتردد علماء الشريعة ومفتوها كثيرا في صحة هذا العقد ، أو يعلنون تحريمه .

والذي أرى أنه عقد جائز لامانع منه في اصول الشريعة الاسلامية وفيه ترميم للاضرار وتعاون على احتمالها ، بدلا من أن تنزل في رأس المصاب وحده . ولاسيما أن تجارة الاستيراد اليوم ، بهذه المواصلات السريعة ربطت أطراف العالم بعضها ببعض ، وكثرت أخطارها بقدر ما زادت سرعتها ، فلا يمكن أن يطمئن التاجر فيها على كيانه المالي دون هذا التأمين ضد أخطار النقل والحريق ونحو ذلك .

وقد نص فقهاؤنا على صحة ضمان خطر الطريق في صور معينة ، كما لو قال شخص لآخر : « اسلك هذا الطريق فانه آمن ، وان أصابك شيء فانا ضامن » . فاذا سلكه فاصيب بضامن القاتل . (ر : رد المحتار كتاب الكفالة) .

ونحن تجاه عقد التأمين لا يجب أن نجد لجوازه نصا صريحا عليه

في أصول الشريعة وفقهها ، لانه عقد حديث ، بل يكفي أن نجد دلائل قياسية تؤيده . وفيما بناء كفاية ؟ وإن كان المرحوم ابن عابدين بحث في هذا العقد في حاشيته رد المحتار ونظر اليه من زاوية اخرى انتهى منها الى عدم جوازه (ر : رد المحتار باب المستأمن من كتاب الجهاد) .

• ٣٩ - ٢٢ - الاقالة : (المجلد / ١٩٠ - ١٩٦)

الاقالة لغة بمعنى الرفع .

وهي في اصطلاح الفقهاء : عقد يتفق فيه طرفان على رفع عقد سابق بينهما ، أي على فسخه والغاء حكمه وآثاره .

الطرفان : متقابلان . وكل منهما : مقييل ، أو : مقال : بصيغة الفاعل أو المفعول نظرا الى فعله أو الى فعل رفيقه . والعقد المفسوخ بالاقالة عقد مقال أيضا .

ومجال الاقالة انما هو العقود اللازمة سوى عقد النكاح .

فالعقد غير اللازم . كالوكالة والاعارة ، يفسخ بإرادة أحد العاقدين المنفردة دون حاجة الى اتفاق ، كما تقدم (ف / ٣٦١) .

وعقد الزواج بعد انعقاده صحيحا لا تجري فيه الاقالة والالغاء ، ولكنه يقبل الانهاء بطرق اخرى كما سنرى في تصنيف والعقود (ر : ف / ٣٠٩) .

فتلك العقود اللازمة ، اذا لم يطرأ عليها ما يسلخ عنها صفة اللزوم ويجعل لاحد الطرفين خيارا فيها ، لا يمكن رفسها والغاؤها بعد انعقادها الا بالطريقة التي عقدت بها ، وهي اتفاق الارادتين ، لأن هذا الانهاء سيجب انتقاضا في الملكيات أو الحقوق الثابتة بالعقد السابق المراد

فمسخه بعد استقرارها ، فلا بد فيه من الاتفاق بسائر مقوماته العقدية
وشرائطه من لفظ أو ما يقوم مقامه ، ومن وحدة المجلس ، وقيام
المحل الشرعي .

فلا تصح إقالة البيع مثلا بعد هلاك المبيع في يد المشتري ، إذ لا مجال
لإعادة نقل الملكية بعد فوات المحل .

وكذا لا تصح إقالة الإبراء عن الدين ، لأن الإبراء يسقط الدين
من النمة ، ومن القواعد أن **الساقط لا يعود** ، لأنه ممدوم (ر :
المجلة / ٥١) ، فزوال الدين لا يبقى محل يقع عليه عقد الإقالة .
(ر : رد المحتار / ٤ / ١٤٦ و ١٥١) .

والفقهاء إنما يذكرون الإقالة في كتاب البيع على أنها عقد متفرع
عنه ، لأنها أكثر ما تقع في عقد البيع ، ولأنها عندما يفسخ بها عقد البيع
السابق تعتبر عندئذ بالنسبة إلى الشخص الثالث كبيع جديد ، كما تقدم في
بحث انحلال العقد (ر : ف / ٣٦١)^(١) .

وهكذا أيضا فعلت المجلة ، فجعلت الإقالة فرعا من مباحث كتاب
البيع وعرفتها - تبعاً لأكثر الفقهاء - بأنها : رفع لعقد البيع
(المجلة / ١٦٣) وهذا كما ترى تعريف لإقالة البيع ، لا للإقالة بوجه عام .

ولكن المناسب أن تعتبر عقداً مستقلاً تختم به عقود المعاملات
لأن الإقالة لا تختص بالبيع ، بل تجري في جميع العقود اللازمة سوى
الزواج .

(١) وقدم هناك أن هذا الاعتبار المزدوج في الإقالة « أي كونها
فسخاً بالنسبة للعاقدين ، وبيعاً جديداً بالنسبة إلى الشخص الثالث »
إنما هو لصيانة حقوق الغير التي نشأت بالعقد السابق المقال .

والتحقيق في تعريفها بوجه عام انها « عقد يرفع به عقد سابق » .
 (ر : باب الاقالة من كتاب اليسوع في « الجوهرية » وفي رد
 المختار) .

فكما يرفع بالاقالة عقد البيع يرفع أيضا عقد الاجارة والكفالة
 والصلح والمخارجة الخ ... فيعود بها الماقدان الى حالهما وحقوقهما
 قبل العقد الماقل .

حتى ان الاقالة نفسها قبل الاقالة ، فباقالة الاقالة يستعاد اعتبار
 العقد الماقل بين المتمايلين ، ويرجع ارتباطهما بأحكامه وآثاره كأنه لم يفسخ
 (ر : الدر المختار وحاشيته ١٥٠/٤) .

٢٩١ - (٢٣) - الزواج ، او المتناكح :

وهو عقد بين رجل وامرأة غاية استحلل التمة الجنسية بينهما بنية
 التناسل وتأسيس الاسرة بالطريق المشروع والتعاون في حياة مشتركة .

فكل من الرجل والمرأة بعد العقد يسمى : زوجا للآخر ، وقد يقال
 للمرأة زوجة ، بعلامة التأنيث ، على خلاف الافصح لغة .

وعقد الزواج لا بد فيه شرعا من مهر (بفتح فسكون) ، وهو
 مقدار من المال يلتزم به الرجل للمرأة ويسمى أيضا : « صداقا »
 (بفتح الصاد المهملة) .

واختلفت الاجتهادات في الحد الأدنى للمهر ، والاجتهاد الحنفي
 على أنه لا يقل عن عشرة دراهم من الفضة أو ما يعادل قيمتها .

ويشترط لصحته الاشهاد على عقده بنية اعلانه لازالة الرينة من

اجتماع الرجل بالمرأة في حياة مشتركة ، كما تقدم في مناسبه
(ف ١٣٦ / ٢) •

والزواج ، علاوة على ما ثبت به من حل الاستماع بين الزوجين ،
يشيء حقوقا ووجائب متقابلة بينهما من مالية وأسرية ؛ منها نفقة
الزوجة على الزوج بحدود وشرائط معينة ، ووجوب متابعتها له
وطاعتها إياه في غير اثم ومعصية شرعية ، وارث أحده الزوجين
من الآخر •

وينحل الزواج وينتهي بالطلاق ، وبوفاة أحد الزوجين ، وببعض
أسباب أخرى •

وبالنحل الزوجية بأحد أسبابه تجب على المرأة عدة ، وهي تربص
مدة معينة من الزمن لا يجوز لها خلالها أن تتزوج ، وذلك لمقاصد
شرعية أهمها أن يعرف فراغ رحمها من الزوج السابق منعاً لاختلاط
الانساب واشتباها •

٢٩٢ - (٢٤) - عقد الوصية :

الوصية هي أن يوجب انسان في حياته تبرعا من ماله لغيره بمعد
وفاته •

فللوجب صاحب المال : 'موصى' • والطرف الآخر : 'موصى له' •
والمالك المخصص لذلك : 'موصى به أو وصيته' •

فالوصية تبرع من الانسان في حياته مضاف حكمه الى ما بعد
ماته ، وهو الوقت الذي تعلق فيه حقوق الورثة بالتركة •

فالشرع الاسلامي قد أطلق للانسان هذا الحق في حدود ثلث ماله
تشجيعا على عمل الخير في سبيل البر بجزء من ماله ، وحفظا لحقوق
الورثة في الباقي •

فاذا تجاوزت الوصية قدر الثلث نفذت في الثلث ، وتوقفت الزيادة فقط على اجازة الورثة : فان أجازوها نفذت ؛ والا بطلت وضمت الى ميراثهم •

فالوصية اذا كانت لشخص معين كانت عقدا مملكا ذا طرفين كالهبة • ولكن ، لكونه تمليكا مضافا الى ما بعد الموت ، يكون القبول أو الرد فيه مؤخرا اعتباره الى ذاك الحين • فلو رد الموصى له الوصية بعد موت الموصي بطلت الوصية وبقيت في تركة الموصي لورثته •

لكن يفني عن القبول فيها عدم الرد كما تقدم في مناسبه ، حتى او مات الموصى له بعد موت الموصي دون أن يعرف منه قبول أو رد كانت ملكا لورثة الموصى له (ر : ق/ ١٧١) •

أما اذا لم تكن الوصية لشخص معين ، بل كانت لمصلحة جهة من الجهات العامة كالمعابد والمدارس والجهاد والفقراء ، فانها عندئذ لا تمد من العقود ذات الطرفين ، بل من تصرفات الارادة المنفردة ، فتكون نافذة بمجرد وفاة الموصي مصرا عليها ، ولا يتأني فيها قبول أو رد •

٢٩٣ - (٢٥) - عقد الايصاء او (الوصاية) :

وهي عقد يوجب به الانسان في حياته نيابة عنه بعد وفاته لشخص آخر في تنفيذ وصية التوفى ، وادارة حقوق أولاده القاصرين • يقال : أوصى فلان الى فلان ، اذا عهد اليه بالوصاية •

فالوجوب : موص • والشخص المهود اليه بالوصاية ، رجلا كان أو امرأة : وصي (بتشديد الياء) •

وللوصي قبول الوصاية وردها بد وفاة الموصي أيضا كما في عقد الوصية المالية ، لكن ممارسته لأعمال الوصاية تقوم مقام القبول .

ومتى قبل أصبح نائباً شرعياً ، فيكون هو صاحب الصلاحية في تنفيذ الوصية المالية . وإدارة أموال القاصرين ، وحفظها ، والاتفاق الضروري عليهم ، حتى يلقوا رشدهم .

وليس له أن يعزل نفسه عن الوصاية متى قبلها بعد وفاة الموصي ، ولا للقاضي أن يعزله إذا كان كافياً أميناً ، لأنه منصوب بإرادة الميت لا بإرادة القاضي (ر : الدر المختار أول باب الوصي) . ولكنه إذا كان عاجزاً ، أو خان في عمله المؤتمن عليه أو قصر ، يعزله القاضي عزلاً ، ويضمنه ما خان فيه أو قصر من حقوق القاصرين أو الوصية .

وهذا الوصي الذي اختاره المتوفى في حياته يسمى : الوصي المختار ، وهو الذي يكون العهد إليه من الموصي عقداً كما بيناه .

فإذا لم يعهد الإنسان في حياته بوصاية إلى أحد ، وترك وصية مالية أو أولاداً ، ينصب القاضي بمقتضى صلاحية العامة وصياً لتنفيذ الوصية المالية ، وإدارة أموال الأولاد . فيسمى عندئذ وصي القاصري ويكون نصبه هنا من أعمال القضاء الإدارية ، لا عقداً بالمضى الاصطلاحي في هذا المقام .

ويفترق الوصي المختار عن وصي القاضي بأحكام تسع فيها صلاحية الأول عن الثاني .

ولإدارة أموال الأيتام نظام خاص في بلادنا منذ العهد العثماني قيدت به صلاحيات الأوصياء ، وألزموا فيه بطرائق قانونية تحت إشراف مجلس يسمى : مجلس الأيتام مرتبط بالحكمة الشرعية ، وذلك

حفظا لحقوق الأيتام من التلاعب • ثم صدر لدينا قانون الأحوال الشخصية سنة / ١٩٥٣ م / فنظم هذه الأحكام من جديد •

وترى في كتاب (الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية) للمرحوم قدري باشا المصري أحكام الوصاية وصلاحيات الأوصياء ومسؤولياتهم مفصلة في المواد / ٤٣٥ - ٤٨١ / منه ؛ وأحكام الوصية في المواد / ٥٣٠ - ٥٥٨ / ؛ وأحكام الزواج وما يتفرع عنه من طلاق ونسب ونفقة وولاية وغيرها في المواد (١ - ٤٣٤) •

وكذا في المواد / ١٧٦ - ١٩٩ / من قانون الأحوال الشخصية السوري كما ترى في أبوابها الخاصة من سائر الكتب الفقهية الأخرى •
هذه صورة خاطفة تصور للطالب حقيقة كل عقد وموضوعه ومميزاته •

وهذه الخلاصات ، إذا كانت بالنسبة الى العلماء الحقوقيين تعد من البديهيات ، فإنها بالنسبة الى طالب الحقوق في بدء دراسته تعد ضرورة نظرا للغاية التعليمية التي يهدف اليها هذا الكتاب • فهذه العقود ستمر اسمائها أمام الطالب في شتى المناسبات والأمثلة قبل أن يصل الى أبوابها الخاصة ، فيجب تزويده بفكرة اجمالية ومعلومات أساسية عن كل منها •

الفرع الثاني

تصنيف العقود

٢٩٤ - إن العقود بوجه عام يختلف بعضها عن بعض في الأساس

الذي تقوم عليه ، والموضوع الذي تهدف اليه ، والخصائص التي
تمتاز بها ، والصفات والاحكام التي تعريها ، وغير ذلك من الاعتبارات
الشرعية .

وقد تشترك كل طائفة وزمرة منها في ناحية تجمعها من بعض
الوجوه والاعتبارات ، وان كانت بينها مباينات وفوارق من نواح ووجوه
أخرى .

فالإيداع والاعارة والاجارة والشركة مثلا تشترك في أنها من عقود
الامانات : بمعنى أن محلها وهو المال الذي يرد عليه العقد والتنفيذ يعتبر
في يد الوديع أو المستعير أو المستأجر أو الشريك أمانة لا يكون مسؤولا
عما يصيبها من تلف فما دونه بنسبة تمديه عليها أو تقصيره في حفظها .
أما البيع والقسمة والصلح والقرض مثلا فتعتبر من عقود الضمانات ،
فبمجرد تنفيذها بالتسليم يصبح المال الذي نفذت فيه مضمونا على العاقد
انقباض له . فما يصيب ذلك المال من تلف فما دونه ولو بأقفة سماوية
يكون على مسؤولية العاقد القابض وحسابه .

وفي الوقت نفسه نجد أن هذين الصنفين المختلفين في ناحية الضمان
قد تجمع بين أفراد منهما معا جامعة من ناحية أخرى .

فالإيداع والاعارة والقرض هي من العقود العينية التي لا تتم الا
بالتنفيذ والتسليم كما تقدم ؛ بينما البيع والقسمة والصلح والاجارة
والشركة ليست عقودا عينية ، بل تتم وتثبت أحكامها دون توقف على
تنفيذ ، فيملك المشتري المبيع والمستأجر النفعة بمجرد الإيجاب
والقبول .

فمن ثم وجب تصنيف العقود الى أصناف بمختلف الاعتبارات

التي يميز بها بين صنف وصنف ، مما يكون التمييز فيه أساسا لنتائج وأحكام شرعية مختلفة ، أو أساسا لترتيب هذه العقود على وجه يحقق التناسب والتناسق بينها تنظيمياً لدراستها ومعالجة أحكامها .

فالعقود تصنف الى أصناف مختلفة باعتبارات عديدة ، كما يلي :

٢٩٥ - « اولا » - بالنظر الى التسمية وعلمها :

تصنف العقود بهذا النظر صنفين :

أ - عقود مسماة ، وهي التي أقر التشريع لها اسما يدل على موضوعها الخاص وأحكاما أصلية ترتب على انعقادها كالبيع والهبة والاجارة وانشركة وغيرها مما تقدم بيانه في الفرع السابق .

ب - وعقود غير مسماة ، وهي التي لم يصطلح على اسم خاص لموضوعها ، ولم يرتب التشريع لها أحكاما تخصها .

والعقود غير المسماة كثيرة لا تنحصر لانها تتنوع بحسب حاجة الماعد والموضوع المتفق عليه ضمن الغايات المشروعة ، وبجسمها اسم « العقد » أو « الاتفاق » .

وقد نشأت في الفقه الاسلامي عقود جديدة كثيرة في عصور مختلفة ، وسماها الفقهاء باسماء خاصة وقرروا لها أحكاما فأصبحت عقودا مسماة ، كبيع الوفاء ، وكعقد « الاجارتين » و « التحكير » في الاموال الموقوفة^(١) ؛ وكبيع « الاستجرار » الذي يشتر فرعا

(١) عقد الاجارتين : هو ان يتفق متولي الوقف مع شخص على ان يدفع مبلغا يكفي لتصوير عقار الوقف المبني المتوهن عند عجز الوقف عن

من البيع وهو من قيل ما يسمى اليوم باسم « الحساب الجاري »
(ر : رد المحتار ١٢/٤) •

وقد تبقى بعض العقود زمنا بلا أسماء الى أن يصطلح لها على اسم •
فمن ذلك في القديم بيع الوفاء الذي يتردد اعتباره بين البيع والرهن
كما تقدم (ف/٢٦٦ و ٢٧٣) •

وكذلك الاستصناع الذي كان يتردد اعتباره بين البيع والوعود
والاستجار •

ومن ذلك في هذا العصر عقد النشر والاعلان في الجرائد أو
سواها من الوسائط • وكذا عقد « المضايقة » (النزول في الفنادق
بالطعام والشراب) فانه مركب من عقدين ، فهو اجارة بالنسبة الى
المكان ، والخدمة ، وبيع بالنسبة الى الطعام والشراب ؛ فهذا العقد لما

التمتع ، على ان يكون لمبايع المال بحق القرار الدائم في هذا المقار باجر
سنوي ضئيل •

وعقد التحكير • هو الاتفاق على اعطاء ارض الوقف الخالية لشخص
لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم اجرة معجلة ليكون له عليها حق القرار الدائم
ويتصرف فيها بالبناء والفرس وغيرها كتصرف المالكين ، ويرتب عليه
ايضا اجر سنوي ضئيل •

وهذان العقدان التجيء اليهما لعدم جواز بيع الوقف • وحق القرار
الناشئ بهما يورث عن صاحبه وبيع • وقد نظمت القوانين لدينا احكاما
تفصيلية لتحديد الحقوق بين الوقف واصحاب حق القرار •

ولم نذكر هذين العقدين فيما عرضناه من العقود المسماة لانهما ليسا
من العقود الاساسية بل من العقود الفرعية المتفرعة عن الاجارة •

يوضع له اسم خاص رغم شيوعه وضرورته^(١) .

وكذلك عقود التمدد والالتزام . فقد بحث فيها قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا ، وهو القانون العثماني ، وبقيت تحت ذلك العنوان العام ، أي « التمدد والالتزام » مهما كان موضوعها حتى جاء انقانون المدني السوري الجديد فسمها : مقالة (٢) .

وكذلك عقود الشركات مع الدول التي تمنحها امتيازات للتحري في أراضيها عن منابع الزيت والمعادن مما يدخل اليوم تحت عنوان « اتفاقيات » .

والشرع الاسلامي لم يحصر التعاقد في موضوعات معينة يمنع تجاوزها الى موضوعات أخرى ، وليس في نصوص الشريعة ما يوجب تحديد أنواع العقود أو تقييد موضوعاتها الا بان تكون غير منافية لما قرره الشرع من القواعد والشرائط العامة في التعاقد .

والمبدأ العام في هذا الشأن قول القرآن الكريم :

(١) في مشروع القانون الايطالي الفرنسي الذي وضع ليكون قانونا مدنيا موحدا لاطاليا وفرنسا سمي هذا المقعد باللغة الفرنسية Hôtellerie اشتقاقا من كلمة « Hôte » بمعنى الضيف التي منها كلمة Hôtel بمعنى الفندق لانه يتقبل ضيوفا للمبيت لقاء أجره .

وقد رأيت أن نسميه بالعربية « مضيفة » على سبيل الاشتقاق المائل ، لان فيه بدلا ماليا متقابلا اساسا للضيافة .

(٢) وهي تسمية غير موفقة لانها لا تدل عل موضوعها . وقد عرف القانون المدني في المادة (١٦٢) منه المقالة بانها :

« عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين ان يصنع شيئا
او ان يؤدي عملا ، لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » .

« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »

وهذا ما استقر عليه النظر القانوني الحديث •

وقد كان للتمييز بين العقود المسماة وغير المسماة نتائج هامة قديما في القانون الروماني ، إذا كان ذلك القانون إنما يقر للتعاقد قوة ملزمة في العقود التي اعترف بها القانون وسماها ، دون غيرها من الاتفاقات المختلفة إلا ضمن قيود وشروط ضيقة عندما يقوم أحد الطرفين بتنفيذ ما تم عليه الاتفاق •

وفي ظل الأحكام القانونية الحديثة اليوم ، لم يبق من ثمرة قانونية لهذا التمييز لأن للمتاعدين أن يتعاقدا على كل موضوع ضمن حدود حقوقهما الخاصة وحدود الآداب والنظام العام • وإنما تخضع العقود غير المسماة في تكوينها وأحكامها للقواعد العامة التي قررها التشريع لجميع العقود^(١) •

وما ثمة تسمية العقود بناء على ذلك إلا ثمرة تسهيلية محضة • ذلك أن العقد المسمى كثير الشيوع بين الناس في معاملاتهم ، فيخص في التشريع والاجتهاد بنصوص تفصل أحكامه تسهيلا للامر على المتعاقدين حتى لا يحتاجا الى الخوض في تفاصيل مقاصد العقد والتزاماته الأساسية ، بل يعتمدان على ما نظمته التشريع فيها من أحكام •

(ر : « نظرية العقد » للاستاذ السنجري ، ف/ ١٢٤ - ١٢٨) •

هذا ، وإن لقضية العقود المسماة وغير المسماة ارتباطا وثيقا بمبدأ

(١) وهذا هو مقتضى احكام القانون المدني السوري ، وقبله مقتضى المادة / ٦٤ / من قانون اصول المحاكمات الحقوقيّة السابق لدينا ، كما تقدمت الإشارة اليه (ر : ف/ ٢٥٦) •

سلطان الارادة وحرية الشروط التعاقدية كما تقدم بيانه هناك ، فلينظر
(ف/ ٢٠٩ و ٢١٠) •

٢٩٦ - ثانيا - بالنظر الى المشروعية وعدمها :

تصنف العقود بهذا النظر صنفين :

١ - عقود مشروعة ؛ وهي ما أجازها الشرع وأذن بها ، كبيع
المال المقوم ، والرهن ، والهبة •

٢ - وعقود ممنوعة ؛ وهي التي منعهما الشرع ونهى عنها ، كبيع
الأجنة في بطون أمهاتها ، وبيع الملاحق والمضامين^(١) ، مما كان معروفا
في جاهلية العرب فبنته الشريعة الاسلامية •

وكذا عقد التبرع من مال القاصر ، والمقد على ما ينافي الآداب
العامة من الفواحش ، أو على ما يخالف النظام العام ، كالاستجار على
ارتكاب جريمة ، ونكاح المتعة • فكل ذلك عقود ممنوعة غير مشروعة •

ونتيجة عدم مشروعية العقد أن يعتبر باطلا غير منقذ ، لفقدان
إحدى شرائط الانقضاء كما تقدم (ر : ف/ ١٤ و ١٧٢) •

(١) بيع الملاحق : هو بيع ما ستحصل به اثاث الحيوان •

وبيع المضامين : هو بيع ما سيتولد من فحول الحيوان (رد المحتار ،
١٠٢/٤) •

وقد كان ذلك موهودا في الجاهلية تسليفا على نتائج الانساب المستجادة
من الإبل والخيول ، فمنه عنه النبي عليه السلام فيما نهى لما فيه من غرر •
فيجب أن ينتظر النتائج حتى يجوز بيع المواليد •

٢٩٧ - ثالثا - بالنظر الى صحة العقد وعليها :

تصنف العقود بهذا النظر صنفين أيضا :

١ - عقود صحيحة ، وهي ما توافرت فيها جميع شرائطها الشرعية العامة والخاصة ، في أصلها وفي نواحيها الفرعية ، كبيع المال المتقوم بضمن معلوم نقدا أو نسيئة الى أجل معلوم ، وكإجارة الشيء المعين باجر مبدئ مدة محددة .

٢ - وعقود فاسدة ؛ وهي التي اختلت بفقدان بعض شرائطها المتعلقة ببعض نواحيها الفرعية ، كبيع الشيء بضمن مجهول ، أي غير محدد ؛ أو بضمن معلوم لكنه مؤجل الى أجل مجهول ، وكذا الإجارة مع جهالة الاجرة أو المدة (١) .

وسرى ايضاح معنى الفساد وحكمه في نظرية « المؤيدات التشريعية » .

٢٩٨ - رابعا - بالنظر الى الصفة العينية :

تصنف العقود بهذا النظر صنفين أيضا :

١ - عقود عينية ، وهي التي يشترط لتمامها شرعا تسليم الشيء المقود عليه . فلا يتم عقدها ولا يأخذ حكمه الا بتنفيذها . وهذه هي العقود الخمسة المقدمة (ف / ١٦٣) .

٢ - وعقود غير عينية ، وهي التي تتم وتأخذ حكمها بمجرد عقدها كسائر العقود الأخرى .

(١) لم تصنف العقود الى منقبة وباطلة ، لان الباطل معيّن شرعا ، فلا يعتبر صنفا .

٢٩٩ - خامسا - بالنظر الى الشكلية :

تصنف العقود بهذا النظر الى صنفين أيضا :

١ - عقود شكلية تخضع في عقدها لشيء من الشرائط الشكلية الاعلان بالاشهاد عليه كما تقدم^(١) ، وكالعقود المنشئة للحقوق والمراسم التي يفرضها التشريع ، كعقد الزواج اذ يشترط لصحته

✱ (١) في البلاد التي أخذ تشريعها الوضعي بطريقة الزواج المدني كفرنسا وسويسرة وغيرها من البلاد الغربية تكون علنية عقد الزواج بطريق التسجيل في السجل المدني لدى ضابط الاحوال المدنية . ولا يعتبر الزواج دون هذا التسجيل ولو كان مشهورا ومشهورا .

وفي فرنسا توجب المادة ٧٥/ من قانونها المدني حضور الخطيبين بالذات امام ضابط الاحوال المدنية لاعلان زواجهما بحضوره والتوقيع على محضر العقد ، ولا تقبل الوكالة في عقد الزواج .

(ر : دالوز ، موجز القانون المدني Précis de droit civil

ج ١ / ف ١٠١) .

وقد اخلت تركيا الحديثة (بعد اعلان حكومتها اللادينية) بمبدأ الزواج المدني في قانونها الحديث . ولكن عامة الشعب لم تستطع التقيد بالطريقة المدنية ، نظرا الى ان الطريقة الشرعية في اعلان الزواج بالاشهاد تفيد الحل الديني في هذا الموضوع الذي له ارتباط بالمقيدة . فكانت النتيجة ان اصبحت الحكومة التركية الآن امام مشكلة كبرى : هي وجود جيش لجب من الاولاد الذين يعتبرون غير شرعيين في نظر القانون والقضاء ولا ثابتي الانساب ولا متمتعين بالحقوق الاسرية التي تنفر عن النسب ، بينما هم شرعيون بنظر الشرع الاسلامي الذين يدين به المتعاقبون من افراد الشعب التركي المسلم .

وهذا من نتائج التقليد الاعمى في اخذ القوانين الاجنبية غير الملائمة في مبانيها للبيئة والشعب والمقيدة والاضاع الاجتماعية .

وفي بلادنا السورية اوجب قانون حقوق العائلة الصادر في عهد الحكومة التركية العثمانية ، وكذا قانون النفوس ، اجراء عقد النكاح

العينة على العقار من ملكية أو رهن أو ارتفاع الخ ٠٠٠ اذ يشترط في الاحكام القانونية تسجيلها في السجل العقاري : وذلك اما لاجل انعقادها ؛ واما لكي تسري آثارها ، ويحتج بها على غير المأقدين ، بحسب ما يتجه اليه التقنين من هذه التدابير على ما سلف بيانه (ر : ف / ١٦٨) .

٢ - عقود وضائية غير شكلية وهي التي لا تخضع في انعقادها الا لمجرد التراضي ، كمعظم العقود^(١) .

بمعرفة المحكمة الشرعية وتسجيله في سجل الانكحة فيها وفي سجل النفوس (الاحوال المدنية) ، وذلك لاجل التحقق من انتفاء الموانع الشرعية والصحية وتنظيم الاثبات في الزواج وما يتفرع عنه من حقوق عند الاختلاف ، ولتنظيم احوال النفوس وقبوض المواليد والاحصاءات بصورة مضبوطة . غير ان عقد الزواج المفقود وفقا لشرائطه الشرعية خارج اشراف المحكمة ودون تسجيل هو معتبر بمقتضى هذه النصوص القانونية لدينا ، وينتج جميع النتائج والحقوق الاسرية والمدنية التي تنفرع عنه متى أعلنه الزوجان أمام المحكمة الشرعية أو أثبتته أحدهما . ولكن إجراء عقده هكذا دون واسطة المحكمة يعتبر مخالفة تستوجب عقوبة معينة على الزوجين ومن تولى إجراء العقد بينهما وعلى الشهود .

وهذا ما أقره قانون الاحوال الشخصية لدينا ، وهو اصلح التدابير في هذا الموضوع واعدلها وهو مقبول شرعا .

وترى بذلك ان عقد الزواج في الشريعة الاسلامية هو أيسر وأقل شكلية منه في غيرها حتى في أحدث الشرائع الوضعية البحتة .

(١) شكلية العقود تسير الى اتساع في الاحكام القانونية اليوم في كل ما له صلة بسياسة التشريع ونظام القضاء ، او بالضرائب المالية .
والوكالة بالخصومة لا تعتبر أمام القضاء الا اذا كانت مسجلة ومصادقا على صحتها بطرق مخصوصة .

وعقد الشركة القانونية لا ينعقد الا بصك مكتوب وفقا للمادة /٤٧٥/ من القانون المدني .

٣٠٠ - سادسا - بالنظر الى النفاذ :

تصنف العقود بهذا النظر صنفين كذلك :

١ - عقود نافذة • وهي الخالية من كل حق لنفي الصادين يوجب توقفها على ارادته ، ومن كل مانع آخر يمنع نفاذها •

٢ - وعقود موقوفة • وهي التي فيها تجاوز على حق لنفي عاقدتها يوجب توقفها على ارادته واجازته ، كمقتد الفضولي ، أو فيها مانع آخر يمنع نفاذها ، كالاكراه ، مما تقدم بيانه في بحث عدم النفاذ (ر : ف ٤ / ١٩٤) •

٣٠١ - سابعا - بالنظر الى اللزوم وقابلية الفسخ :

تصنف العقود بهذا النظر أربعة أصناف :

١ - عقد لازم بحق الطرفين ولا يقبل الفسخ بطريق الاتفاقية ، وهو عقد الزواج ؛ فإنه لا يرتفع بالتقابل ، كما تقدم (ف ٢٩٠ /) • أي انه لا يقبل الالغاء الاتفاقي ، ولكنه يقبل الانهاء بطرق شرعية مخصوصة ، كالتطلة ، والمخالعة ، وكالتفريق القضائي والفسخ عند وجود أسبابها الشرعية ، مما هو مبين في مواطنه من كتب الفقه ، وفي المواد / ١١٩ - ١٣٠ / من قانون حقوق العائلة الشامي السابق ، وفي فصل انحلال الزواج من قانون الاحوال الشخصية لدينا (١) •

(١) من الأدلة على أن التطليق وبقي أسباب الفرقة بين الزوجين ليست من قبيل الغاء العقد في النظر الشرعي ، بل من قبيل الانهاء كما أوضحناه هنا ، أن حرمة المصاهرة الثابتة بالنكاح لا ترتفع بالتطليق أو التفريق ؛ فام الزوجة مثلا تبقى مجرمة على صهرها زوج ابنتها ابدا ولو طلقها •

٢ - وعقود لازمة بحق الطرفين ولكنها تقبل الفسخ والالغاء بطريق الاتفاق أي باتفاق العاقدین ، كإلبيع والصلح وسائر العقود اللازمة الأخرى .

٣ - وعقود لازمة بحق أحد الطرفين فقط ، كالرهن والكفالة ؛ فأنهما لازمان بالنسبة إلى الراهن والكفيل . وغير لازمين بالنسبة إلى الدائن المرتهن والمكفول له ، لأنهما لمصلحة الشخصية توثيقا لحقه ، فله التخلي عن توثيق دينه متى شاء بفسخ الرهن والكفالة .

٤ - وعقود غير لازمة أصلا بحق كلا الطرفين ؛ وهي التي يملك كل منهما فيها حق الرجوع والالغاء كالإيداع والإعارة والوكالة ، مما تقدم بيانه في بحث اللزوم من الآثار العامة للعقود (ف / ١٩٧ - ٢٠٢) .

٣٠٣ - ثامنا - بالنظر إلى تبادل الحقوق :

تصنف العقود بهذا النظر ثلاثة أصناف :

١ - عقود المعاوضات ؛ وهي التي تقوم على أساس إنشاء وجائب متقابلة بين العاقدین . يأخذ فيها كل من الطرفين شيئا ويعطي في مقابلته شيئا . وذلك كالبيع والإجارة ، والصلح عن مال بمال .



وقد استشكل صاحب جامع الفصولين قول الفقهاء : « إن النكاح لا يشتمل الفسخ » بأن النكاح يفسخ بعد تمامه بالرجة ، وبما إذا ملك أحد الزوجين الآخر إذا كان وقيفا . (جامع الفصولين ، الفصل ٢٥ / من الخيارات ج ١ ص ٣٤٤ / طبعة المطبعة الأزهرية) .

ويزول هذا الإشكال بجهته عن التمييز بين الإنهاء والالغاء . فمعنى قولهم لا يقبل الفسخ : أنه لا يقبل الالغاء .

٢ - وعقود التبرعات ؛ وهي التي تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للآخر ، كالهبة والاعارة •

٣ - وعقود تحوي معنى التبرع ابتداء ، والمعارضة انتهاء ؛ كالقرض والكفالة بأمر المدين ، والهبة بشرط العرض :

- فالمقرض متبرع باسعاف المقرض بالمال الذي يعوزه •

- والكفيل بالامر متبرع بالتزام أداء الدين عن المدين •

- والواهب الذي يهب على شرط أخذ عوض عن هبته متبرع أيضا بما يعطي •

ولكن عندما يسترد المقرض نظير ما أقرض ، ويرجع الكفيل على المدين بنظير ما دفع عنه ، ويأخذ الواهب من الموهوب له شيئا مقابلا لهبته ، يؤول العقد وينتهي الى معاوضة •

وتنتيجة ذلك أن تطبق على العقد في ابتدائه شرائط التبرع ، وفي انتهائه أحكام المعاوضة • فتشترط في هذه العقود أهلية العاقد للتبرع : فلا تقبل الكفالة من القاصر مثلا ، ويجري حكم اليسع في عوض الهبة فيرد باليب مثلا ، ويؤخذ بالشفعة ان كان عقارا • (المجلة / ٦٢٨ و ١٠٢٢) • فلو كانت الكفالة بدون أمر المدين ، بان تطوع شخص بالكفالة عنه بلا تكليف منه ، تكون تبرعا من كل وجه ، اذ ليس للتكفيل عندئذ حق الرجوع على المدين بما يدفع عن ذمته من دينه (ر : الدر المختار / ٢٧١ - ٢٧٢) •

٣ • ٣ - تاسعا - بالنظر الى الضمان وعدمه :

تصنف العقود بهذا النظر ثلاثة أصناف :

١ - عقود ضمان ؛ وهي التي يعتبر المال المتقل ، بناء على تنفيذها ، من يد الى يد مضمونا على الطرف القابض له . فمهما يصبه من تلف فما دونه ، ولو بأقاة مساوية ، يكن على مسؤوليته وحسابه .

وهذه العقود هي : البيع ، والقسمة ، والصلح عن مال بمال ، والمخارعة ، والقرض ، وأقالة هذه العقود .

٢ - وعقود امانة ؛ وهي التي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في يد قابضه لحساب صاحبه . فلا يكون القابض مسؤولا عما يصيبه من تلف فما دونه الا اذا تعدى عليه أو قصر في حفظه .

وهذه العقود هي : الايداع ، والاعارة ، والشركة بأنواعها ، والوكالة ، والوصاية .

٣ - وعقود مزدوجة الاثر ؛ فتشمل الضمان من وجه ، والامانة من وجه .

وهذه العقود هي : الاجارة ، والرهن ، والصلح عن مال بمنفعة . فالاجارة يعتبر فيها المال المأجور أمانة في يد المستأجر ، لكن منافعه المقود على استيفائها مضمونة على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفائها . فلو ترك المأجور دون أن يتنفع به حتى مضت مدة الاجارة يكون ما فات من المنافع فاتا على صاحبه ، وتلزمه الاجرة التي هي قيمة تلك المنافع (المجلد / ٤٧٠) .

والصلح عن مال بمنفعة يعتبر في حكم الاجارة كما تقدم في بحث تقسيم العقود (ر : ف / ٢٨٤) .

فالل الذي يقدمه أحد المتصلحين لتكون منفعة خلال مدة معينة

بدلاً متصالحاً عليه في عقد الصلح يعتبر كالمأجور في يد المستأجر • فمناصفه
تمضي مضمونة على حساب القابض ، فيعد بمضيها مستوفياً لبدل الصلح •
أما عين المال فأمانة في يده •

والمال المرهون مضمون منه على المرتهن ما يبادل الدين ، والزائد
أمانة في يده كما تقدم (ر : ف / ٨٧) •

٣٠٣ / ٢ - ضابط التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة :

والمبدأ الشرعي الذي يقوم على أساسه التمييز بين عقود الضمانات
وعقود الأمانات ، بحسب ما يوحى به استقراء الأحكام واستطلاق عللها
الفقهية في شتى المناسبات ، هو أن فكرة الضمان في العقد تدور مع معنى
المفاوضة فيه ولو نهاية ومآلاً • وحيث يكون العقد عقد ضمان في الناحية
التي تتعلق بها المفاوضة • ويكون القابض ضامناً في هذه الناحية • أما
فيما سوى ذلك فيعتبر العقد عقد أمانة ؟ وتنفيذه بالتسليم والتسلم يجعل
القابض أميناً على المال •

وتخرجاً على هذا المبدأ نرى •

أ - أن عقد البيع يعتبر عقد ضمان مطلقاً • وكذا عقد الصلح عن
مال بمال • ذلك لأن قبض المال المقود عليه فيهما إنما هو قبض على أساس
الاستيفاء لما استحقه القابض في مقابل عوض •

وكذلك عقد القرض ، لأن المال إنما يقبض فيه امتلاكاً على أساس
الأيفاء برد مثله عوضاً عنه • فهو مفاوضة انتهاء ومآلاً كما تقدم •

ب - أما عقد الإجارة فإن المفاوضة فيه إنما هي بين الأجرة والمنفعة
دون عين المأجور ، وليس تسليم العين إلا وسيلة ضرورية لاستيفاء

منفتحة • فتعتبر الاجارة عقد ضمان بالنسبة الى الاجرة والمنفعة لانهما محل المعاوضة ومتعلقها • ويكون المؤجر ضامنا للأجرة التي يتسلمها ، والمستأجر ضامنا للمنافع التي تصبح تحت تصرفه •

أما عين المأجور في يد المستأجر فالعقد في حقها عقد أمانة •

وكذلك عقد الرهن • فان قبض المرهون انما هو قبض على أساس الاستيفاء عند الاقتضاء الى جانب معنى الاستيثاق كما تقدم (ف/ ٨٧) •

والاستيفاء هنا معاوضة • لكن الاستيفاء من المرهون محدد بمقدار الدين • فيكون الزائد من المرهون أمانة ، اذ لا معاوضة بالنسبة اليه •

ج - وأما عقود الاعارة ، والوكالة ، والشركة ، ونحوها فانها خالية خلوا تماما من معنى المعاوضة • فتعتبر عقود أمانة ، ويكون مال الموكل في يد وكيله ، ومال انتقاصر في يد وصيه ، ومال الشريك في يد شريكه ، والعارية في يد مستيرها ، كل ذلك أمانة محضة غير مضمونة بمقتضى العقد ، كالوديعة^(١) =

(١) جاء في آخر بحث شركة العنان من « الهداية » ما نصه :

« ويد الشريك في المال يد أمانة ، لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البذل والوثيقة ، نصار كالوديعة » اهـ •

(ر : الداية وفتح القدير ٤٠٤/٥) •

فأفاد بفهمه ان القبض المضمون هو ما كان واقعا على ملك الغير بلا اذنه ، كقبض المصوب ، أو كان واقعا تنفيذا لعقد مبادلة أي معاوضة كقبض المبيع ، أو على سبيل التوثيق كقبض المرهون •

وقد وجدنا في هذا النص خاصة ، وفي الاحكام المقررة لكل عقد بوجه

٣٠٤ - عاشرًا - بالنظر الى غاية العقد :

تصنف العقود بهذا النظر خمسة أصناف :

١ - ما غايته التملك ؛ كالبيع ، والهبة ، والوصية ، والإيجارة ،
والإعارة .

٢ - وما غايته الاشتراك ؛ كالشركة ، والمضاربة ، والمزارعة .

٣ - وما غايته التوثيق ؛ كالرهن ، والكفالة .

٤ - وما غايته التلويض ؛ والائابة ؛ وهو الوكالة ، والوصاية .

٥ - وما غايته الحلف ، وهو عقد الأيداع .

٣٠٥ - حادي عشر - بالنظر الى الفورية والاستمرار :

تصنف العقود بهذا النظر صنفين أيضا :

أ - عقود فورية . وهي التي لا يحتاج تنفيذها الى زمن ممتد
يشغله باستمرار ، بل يتم تنفيذها فوراً دفعة واحدة في الوقت الذي
يختاره الماقدان ، كالبيع ولو بشمن مؤجل ، والصلح ، والقرض ، والهبة .
فإن تنفيذ هذه العقود باستيفاء كل عاقد ما يسوغه العقد استيفاءً يتم وتنقضي
به الالتزامات في آن واحد .



عام ، مستند هذا الضابط الذي ذكرناه للتمييز بين عقود الضمان وعقود
الأمانة . وبما أن بحثنا عن الضمان لا عن قبض الضمان فلا حاجة الى ذكر
الاذن وعدمه .

وقد رأينا امكان الاستثناء بعملة « الملعوضة » عن عملة « التوثيق » ،
لان المقصود بذكر التوثيق تطبيق ضمان الرهن وما في حكمه ، وهذا يمكن
رده الى ما في الرهن من معنى الملعوضة مالا ، كما أوضحناه .

ب - عقود مستمرة * وهي التي « بحسب موضوعها » يستغرق تنفيذها مدة ممتدة من الزمن بحيث يكون الزمن عنصراً أساسياً في تنفيذها. ولذلك تسمى أيضاً عقوداً زمنية * وذلك كالأجرة ، والإعارة ، وشركة العقد ، والوكالة * فإن تنفيذ هذه العقود وأعمالها يستتفئ منافع المأجور والمأجرة ، وبممارسة أعمال الشركة والوكالة ، يحتاج الى وقت متسع يسري حكم العقد فيه باستمرار *

ويعتبر من هذا القيل اليوم في النظر القانوني عقد الاشتراك في الصحف الدورية من جرائد ومجلات ، والتمهيد بتقديم بعض الأرزاق والأطعمة يوميا الى صاحب مطعم أو فندق أو مستشفى مثلا ، فإنه يعتبر عقدا مستمرا ولو كان في الحقيقة من قبيل البيع * ويسمى في الاصطلاح القانوني : عقد التوريد *

(ر : نظرية العقد للاستاذ السنهاوري ف/ ١٤٧ - ١٤٨) *

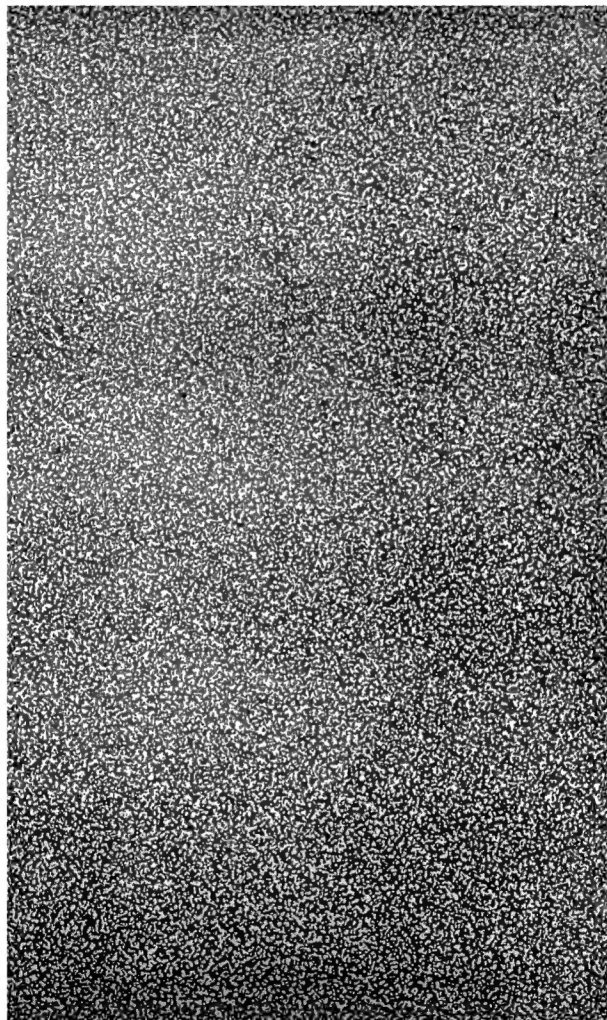
نتائج التمييز بين العقود الفورية والاستمرارية :

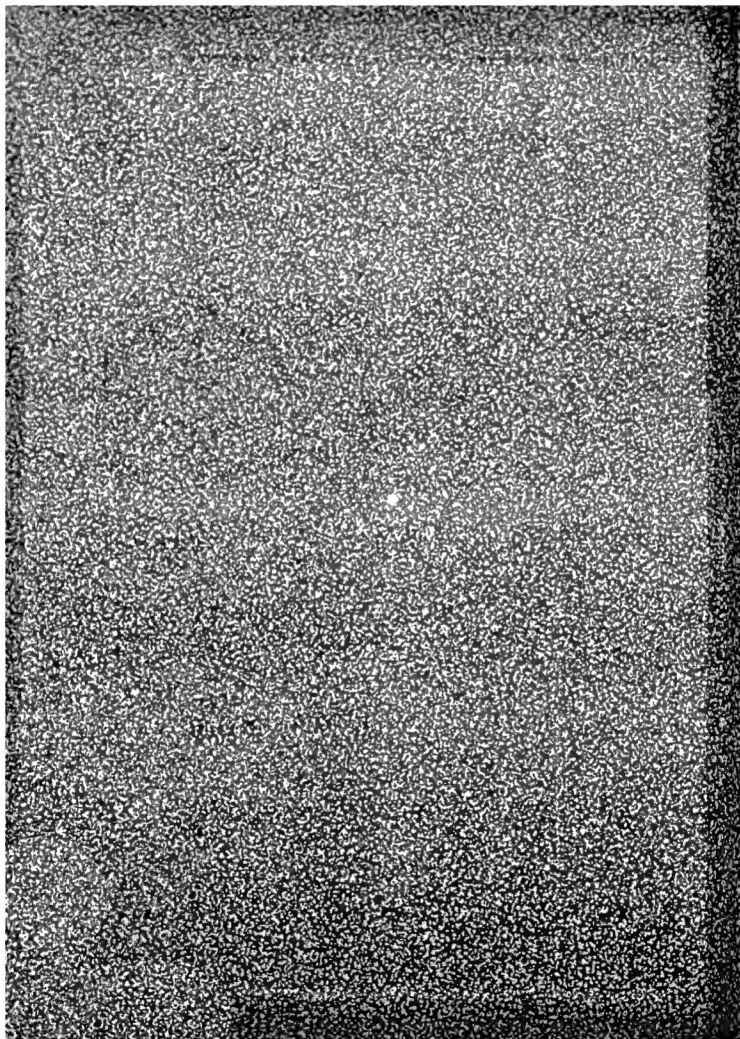
وان لهذا التمييز بين العقود الفورية والعقود الاستمرارية نتائج هامة اتفق فيها النظر الشرعي الاسلامي والنظر القانوني الحديث ، أهمها أمران :

١ - أن العقد الفوري كالبيع مثلا اذا فسخ يكون فسخه مستندا الى الماضي ، فيوجب التراجع فيما نفذ من التزامات الماقدين *

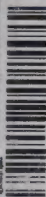
أما العقد المستمر ففسخه يكون مقتصرا غير مستند كما سنرى في بحث تحليل العقود (ف/ ٢٩٣) *

٢ - ان الالتزامات المتعاقبة في عقد المعاوضة المستمر إنما تثبت





Bibliotheca Alexandrina



0597393